

Maria Amélia Simões Mesquita Pereira **A humanidade do Julgador e a demanda judicial**
- que relação com a verdade?

UMinho | 2012

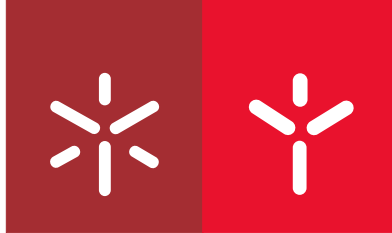


Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria Amélia Simões Mesquita Pereira

**A humanidade do Julgador e a
demanda judicial**
- que relação com a verdade?

Outubro de 2012



Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria Amélia Simões Mesquita Pereira

**A humanidade do Julgador e a
demanda judicial
- que relação com a verdade?**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Joana Aguiar e Silva

Outubro de 2012

DECLARAÇÃO

Nome: MARIA AMÉLIA SIMÕES MESQUITA PEREIRA

Endereço electrónico: masmesquita@gmail.com

Telemóvel: 917913299

Cartão de Cidadão n.º: 13231650 1ZZ1

Título da Tese de Mestrado:

A humanidade do Julgador e a demanda judicial – que relação com a verdade?

Orientador:

Professora Doutora Joana Aguiar e Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

Mês e ano de conclusão: Outubro de 2012

Ramo de Conhecimento do Mestrado:

Mestrado em Direito Judiciário

(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE QUALQUER PARTE DESTA TESE.

Universidade do Minho, 31/10/2012

Assinatura:

Agradecimentos

A conceção de trabalhos de investigação e estudo desta compleição jamais pode ser granjeada pelo cunho de um só autor. Nessa medida, há toda uma panóplia de pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram de forma significativa e meritória para a concretização da presente dissertação, aos quais me cumpre prestar os mais sinceros agradecimentos:

À minha orientadora, Doutora Joana Aguiar e Silva, pela paciente orientação, distinta pela sensibilidade que lhe é particular e pela concisão científica que possuí e por meio da qual teve o cuidado de zelar pelo mesmo rigor neste trabalho de investigação;

À minha Família, com especial carinho para o papel amável, generoso e paciente prestado pela minha mãe e pelos meus irmãos, que com pacientes e sábias palavras e gestos de amor e afeto sempre acreditaram, não só fazendo-me sonhar, como sonhando também ao meu lado. Muito obrigada pelo apoio incondicional.

Aos meus padrinhos, pelo inestimável auxílio académico que me prestaram na realização deste trabalho, para o mesmo contribuindo com sugestões, instruções e críticas;

Aos meus amigos, com especial atenção para a Rita, a quem muito agradeço as meigas palavras de uma eterna amiga sincera, complacente e paciente, bem como os excelentes momentos de convívio que sempre me proporciona.

Ao Luís pelas muitas horas de atenção que viu sacrificadas e pelo apoio e carinho que sempre me dedica.

Por último, gostaria de deixar um agradecimento especial a todas aquelas pessoas com quem convivo no meu dia-a-dia, pois por algum momento, de alguma forma, com uma palavra ou gesto, sem premeditar, colaboraram para a realização deste empreendimento.

A humanidade do Julgador e a demanda judicial – que relação com a verdade?

Este trabalho parte de um conjunto de reflexões proporcionadas no cômputo das aulas na unidade curricular de Teoria da Jurisdição e Comunicação da Justiça, do Mestrado em Direito Judiciário, no âmbito das quais, a dada altura, foi chamado à colação o atual debate sobre crise da legitimação da atividade judiciária.

Inquietante, desde logo, se mostrou a necessidade de indagar acerca do assunto e, questionar a possibilidade de encontrar e oferecer possíveis respostas para um tal momento de crise. Com este propósito, imperioso se tornou também investigar o próprio processo mental, emocional, cultural e moral do Juiz, a fim de tentar perceber até que ponto e de que forma tal compleição influencia a orientação das sentenças judiciais.

Assim, o primeiro capítulo desta dissertação visa delinear a génese desta problemática, passando em revista todo o pensamento típico do Positivismo Jurídico, pois tal síntese é relevante à necessária articulação que deve ser estabelecida entre o pensamento positivista e o hodierno panorama de crise no direito judiciário. Para completar tal reflexão é, igualmente, aprofundada a transformação deste pensamento no século XX que, enquanto legatário do século XIX, põe em causa toda a reflexão jus-positivista, sobretudo o *modus operandi* da prática judiciária, para o qual propõe um modelo menos simplista e menos pragmático, pela introdução no mesmo de outras questões e aspetos de índole subjetiva (Capítulo I).

De seguida, é analisado o contexto em que o nosso século receciona este debate e ainda a forma como aborda o mesmo. Neste capítulo são integradas várias perspetivas, nomeadamente a filosófica, a linguística e a humanística das decisões judiciais (Capítulo II).

O terceiro momento deste trabalho debruça-se sobre o imprescindível diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais, porquanto tal confluência de saberes se mostra fundamental à compreensão do eixo problemático das fontes que realmente informam o direito judiciário. Este é o espaço conferido à interdisciplinaridade, no qual tem lugar a análise do diálogo entre o Direito e a Moral, a Ética, a Justiça, a Hermenêutica Jurídica, o determinismo e o voluntarismo da decisão, aspetos sempre subjacentes ao espírito do Juiz no proferimento da sentença (Capítulo III).

Ainda na senda da interdisciplinaridade, igual espaço se reserva à comunicação entre o Direito, a Neurociência e a Psicologia, no qual se resgatam reflexões ao nível do funcionamento neurológico e do processo cognitivo da tomada de decisão do Juiz, bem como a análise da psique humana e a sua influência no processo da tomada de decisão (Capítulo IV).

Por último, reservam-se algumas palavras para a atual crise de valores e da Justiça, procurando indicar qual o protótipo de Juiz a adotar para melhor responder a tais crises (Capítulo V).

Judge's humanity and judicial demand – which relationship with the truth?

This work derives from a set of reflections suggested by the framework of classes of “Teoria da Jurisdição e Comunicação da Justiça”, within the “Mestrado em Direito Judiciário”, in which, at one point, the debate on the crisis of judicial activity's legitimacy arouse.

Unsettling, from the start, we felt the urge to investigate the theme and to gather possible thoughts that could highlight the debate. With this intent, we set to investigate the very intellectual, emotional, cultural and moral process that a Judge goes through, in order to understand to what extent and in what way could these features influence the guidelines of legal sentences.

The first chapter of this thesis, seeks to outline the origins of this subject, going through the typical features of Legal Positivism, being this overview as relevant as it is to the necessary articulation to be established between the positivist thinking and the outlook of today's crisis in the judiciary law. To complete this reflection we proposed ourselves to analyze the deep transformation suffered by this line of thinking along the twentieth century, which, although a legatee of the nineteenth century, still calls into question the entire jus-positivist thinking, especially the *modus operandi* of judicial practice, for which it proposes a less simplistic and less pragmatic model, with the introduction of issues of subjective nature (Chapter I).

The second chapter analyses the context in which our century receives this discussion and even how it deals with it. This chapter integrates several perspectives, including the philosophic, the linguistic and the humanistic perspective of the judicial decisions (Chapter II).

The third moment of this work focuses on the essential dialogue between law and social sciences, being this confluence truly essential to the understanding of the problematic axis of the sources that actually inform the judiciary law. This is the space granted to interdisciplinarity, which takes place in the analysis of the dialogue between Law and Morality, Ethics, Justice, Legal Hermeneutics, determinism and voluntarism of the decision, features that always underlie the spirit of the Judge when he utters his sentence (Chapter III).

Keeping the path with interdisciplinarity, a space is also reserved for communication between Law, Neuroscience and Psychology, giving way to some considerations on the level of neurological functioning and cognitive process present in the Judges' making of decisions; attention will also be drawn to the analysis of the human psyche and its influence in the process of decision making (Chapter IV).

Finally, a few words will be addressed to the current crisis of values and of Justice, seeking to indicate which prototype of Judge should be better to adopt in order to provide possible answers to that same crises (Chapter V).

ÍNDICE GERAL

APRESENTAÇÃO	1
CAPÍTULO I - A génese da problemática: a legitimação da atividade judiciária	5
a) Relance histórico sobre o Século XIX	8
b) O século XX como o enfatizar do problema	14
CAPÍTULO II – O nosso século enquanto legatário do dilema	19
a) A Filosofia e o Direito do Século XXI: que visão	19
✓ Abordagem holística da temática	19
✓ Análise da confluência de múltiplos fatores – nomeadamente linguísticos	23
✓ Natureza humana da decisão judicial	26
CAPÍTULO III - A comunhão do Direito com as ciências sociais	35
a) O dilema da racionalidade jurídica	35
b) Moral, Ética, Justiça e Direito: concepções evolutivas e fundamentos da actividade jurisdicional	40
c) Limites da interpretação e autonomia do Interpretar	50
i. Texto	53
ii. Contexto	53
iii. Intertexto	54
d) Voluntarismo da decisão – reflexões filosóficas	63
e) A verdade e a certeza jurídicas no Direito Processual	71
Capítulo IV – A Comunicação entre o Direito, a Neurociência e a Psicologia	76
a) Contributo das investigações cognitivas e neurocientíficas – o processo cerebral da decisão	76
1. O processo mental da decisão – paralelismo com a decisão judicial	82
2. O processo de gestão entre razão e emoção	86
b) Visão da Psicologia sobre a temática	90
✓ Contributo da Psicologia Analítica e da Teoria dos Tipos Psicológicos de Carl Gustav Jung	97
✓ A Psicologia Judiciária	103

CAPÍTULO V – Qual o perfil ideal do Juiz no atual panorama de crise de valores?	110
CAPÍTULO VI – Notas em tom (nunca) conclusivo	117
BIBLIOGRAFIA	126

APRESENTAÇÃO

“Via de regra as partes se digladiam apenas externamente, procurando falhas na armadura individual do adversário. Geralmente esta luta é de pouca valia. Bem mais valioso seria se a disputa fosse transferida para o campo psicológico, lugar de donde se origina em primeira instância. Esta transferência logo mostraria que há atitudes psicológicas de diferentes espécies, cada qual com direito à existência, ainda que esta existência leve à formulação de teorias incompatíveis. [...] Verdadeira compreensão, a meu ver, só é possível quando for aceita a diversidade das premissas psicológicas”.¹

Carl G. Jung

A predileção pelo tema objeto do trabalho ora entre mãos nasce essencialmente do voluntarismo inquietante de procurar responder a questões, tais como a colocada por Jorge F. Malem Seña² sob a forma de título do seu artigo: “Podem as «más pessoas» ser bons juízes?”³.

Esta inquietude adquire ainda maior intensidade face à consciência sobre a atual crise da legitimação da própria atividade judiciária, incidindo, mais concretamente, sobre o próprio processo da decisão judicial, enquanto último reduto da atividade judiciária e verdadeiro ato de comunicação e de inteligência da norma, e na medida em que a globalidade de tal processo é intercedida pela entidade judicial do Juiz.

Em boa verdade, partindo do princípio de que é possível emanar várias decisões judiciais possíveis para o mesmo caso concreto e sabendo que o único aspeto passível de verificação do ponto de vista jurídico em qualquer uma delas é a própria fundamentação de direito adotada, o que aqui se pretende indagar é até que ponto o processo mental, emocional, cultural e moral do Juiz influencia, ou não, o processo decisório, afetando a própria orientação da sentença que está obrigado a proferir num determinado caso concreto, bem como qual a dimensão que tal “convicção-crença”⁴ atinge no mundo jurídico, ou seja, até que ponto tal pre-conceção por parte do Juiz transforma ou não a fundamentação da sentença.

Ora, qualquer resposta cabal e viável a replicar sobre uma questão desta índole sempre deverá resultar de todo um estudo congregado e interdisciplinar, invocando inevitavelmente a

¹ Carta de Jung a Hans Schmidt, de 04/09/1915, citada por BAIR, Deirdre, in *Jung, uma bibliografia* (2 vols.), trad.: Helena Londres, vol. I, Editora Globo, São Paulo (SP), 2006, p. 363.

² Universidade Pompeu Fabra, Barcelona

³ SEÑA, Jorge F. Malem, “Podem as «más pessoas» ser bons juízes?”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 2, 2007, p. 32.

⁴ DUARTE, Rui Pinto, “Algumas notas acerca do papel da «convicção-crença» nas decisões judiciais”, in *Revista Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, A.4, n.º 6, Coimbra, Almedina, 2003, p. 6. Esta expressão “convicção-crença” foi adoptada pelo autor em substituição do termo inglês *belief*, termo utilizado e que serviu de base ao seminário pluri-disciplinar *The Process of Belief*, no qual o autor participou em Julho de 2002.

comunicabilidade de todo o conjunto de áreas do saber que orbitam sobre o direito, complementando.

Desta feita, o objeto de estudo desta dissertação apresenta-se como um tema passível de ser compartimentado numa universalidade de questões interligadas, em que a interdisciplinaridade marca o compasso, pelo que, à colação são assim convocadas respostas oferecidas pela Filosofia, pela Moral, pela Ética, pela Psicologia e ainda pela Neurociência, uma vez que a sentença judicial não é mais que o produto acabado de um conjunto de atos produzidos ao longo de todo o processo decisório, pelo cunho de um autor incumbido do cargo de Juiz e que é próprio do exercício do poder jurisdicional.

É no fenómeno processual judicativo - decisório que o binómio **Juiz - sentença** ganha relevância, pois que, para decidir, na esmagadora maioria dos litígios, cabe ao Juiz fixar os factos, determinar as normas jurídicas aplicáveis e relaciona-las com a matéria factual apurada, sendo certo que, em cada uma destas, aparentemente, simples operações, o Julgador projeta a sua personalidade, desde logo na interpretação que realiza sobre os factos e sua seleção, passando pela imprescindível interpretação normativa.

No âmago deste fenómeno assim descrito não imperam apenas aspetos normativos e lógico-formais, mas também aspetos subjetivos e pessoais, uma vez que quer os juízos em matéria de facto, quer os juízos em matéria de direito alicerçam-se a partir de uma base construída por sobre uma panóplia de elementos individuais, nomeadamente as “convicções-crenças” do indivíduo que julga, porque julga na veste de Juiz, mas nunca apartado da sua humanidade.

A consciencialização desta realidade humana e individual da sentença, e ainda da possibilidade real de sobreposição do foro pessoal do autor do ato às premissas lógico-normativas que devem servir de substrato ao processo de proferimento de uma Sentença, despoleta dúvidas e eventual indignação.

Ao contrário de R. Alexy, promotor e defensor de uma teoria organizadora de um combinado de premissas e critérios racionais orientadores da atividade decisória, tendentes a produzir uma sentença formal e lógico-normativa, que permite a qualquer Juiz produzir uma sentença formal e lógico-normativa, que permite a qualquer Juiz emanar uma única decisão para um determinado caso concreto, objetiva-se demonstrar que tal objetividade não é praticável, uma vez que a inevitabilidade da interação humana do Juiz na sentença judicial é uma realidade, procurando apenas descortinar a forma como tal acontece e que amplitude atinge neste processo.

Numa fase pretérita à do início da minha investigação sobre este tema, desconhecia por completo o pensamento de um autor brasileiro chamado Antoin Abou Khalil, assim com, por inerência, ignorava de todo o teor da sua obra intitulada *A personalidade do Juiz e a Condução do Processo*. Todavia, de imediato senti uma enorme ligação e partilha para com a sua obra, desde logo pela primeira leitura que relancei de viés sobre o segundo parágrafo constante da Introdução, no qual pude ler e rever-me na seguinte reflexão: “Muito cedo percebi que a interferência de factores psicológicos era determinante na maneira como cada magistrado conduzia o processo e o levava a termo. Nos bancos da faculdade de Direito somos ensinados a ver o juiz sob a perspectiva exclusiva da aplicação da lei ao caso concreto, momento em que dela se extrai algum dos diversos sentidos possíveis”.⁵

Confesso que, no meu caso concreto, não alcancei esta percepção imediatamente na realização da minha licenciatura, mas antes na frequência das aulas do Mestrado em Direito Judiciária e ainda, paralelamente, no âmbito da aprendizagem inerente ao início do meu estágio como Advogada-Estagiária, fase na qual o acompanhamento do Patrono às suas diligências judiciais é um exercício imprescindível a todo o recém-licenciado em Direito, desejoso de enveredar pela prática da Advocacia ou mesmo pela Magistratura. Em boa verdade, admito ainda que, após a licenciatura, me senti como o “leigo em Direito” a que este autor se refere ainda na Introdução à sua obra, que “não imagina a pluridiversidade de sentidos da norma legal”⁶.

Por seu turno, o Juiz, muito embora durante a sua formação aprenda a deslindar os vários sentidos da norma legal, na mesma não aprende que a variedade das decisões judiciais emanadas não decorre unicamente dos vários sentidos passíveis de ser extraídos da interpretação das normas jurídicas, mas antes da influência patente e inevitável de toda uma multiplicidade de factores externos à Lei e com insignificância jurídica, pois, quanto a estes, não é ministrada uma qualquer aprendizagem no curso de Direito; os instrumentos de que o Julgador deve dispor para entender a interferência destes móveis externos apenas lhe é facultada por ciências como a Psicologia, a História, a Literatura, a Sociologia, entre outras.

De acordo com a análise operada por Antoin A. Khalil sobre o entendimento de Richard Posner, Jurista norte-americano e Magistrado de segunda instância, sobre esta matéria e segundo o que este autor verteu num dos seus mais recentes trabalhos, o mesmo autor, nas palavras de Antoin A. Khalil, refere o seguinte: “quando os juízes não conseguem se apoiar em posições já

⁵ KHALIL, Antoin Abou, *A Personalidade do Juiz e a Condução do Processo*, São Paulo (SP) - Brasil, Edição do Autor, 2011, p. 1.

⁶ *Apud Ibidem*, p. 2

claramente definidas pelo ordenamento jurídico, seja do ponto de vista legal, seja jurisprudencial, boa parte deles se deixa guiar pela análise das consequências de suas decisões”. Porém, com toda a legitimidade, questiona-se ainda este autor norte-americano sobre quais os fatores acolhidos pelos Juízes para incutir nas suas decisões diferentes pesos e medidas, sendo certo que não admite ser o seu entendimento outro que não o resultante da mediação de condições do foro pessoal; isto é, nestes casos em que a dúvida prevalece, o Juiz não hesita em recorrer à pessoa do seu “eu” para decidir, e não à lógica racional, assim como também o faz nos demais casos que julga.

Desta feita, tratando-se de uma temática de elevada complexidade e de análise e reflexão exigentes que, por vezes e de alguma forma, se patenteia como inoportuna, ou não fosse, ou devesse ser, toda a área da prática judiciária célere por excelência, não raras vezes, certo é que para este trabalho de reflexão não resta muito tempo, nem mesmo nos momentos a jusante das sentenças judiciais. O enfoque da análise da prática judiciária recai essencialmente na aferição da correta ou devida aplicação do Direito ao caso concreto. Por este mesmo motivo são muito escassos os trabalhos de reflexão havidos sobre esta matéria relacionada com as motivações e os fatores que estão presente e que, de diversas formas, exercem pressão sobre a atividade dos Juízes, sendo até ignorados.

Sucedee, contudo que, o processo de tomada de decisão judicial, da incumbência dos Juízes, não pode ser encarado como algo mecânico e simplista, como se de profissionais autômatos se tratasse. Esta realidade tem, efetivamente, merecido a atenção e dedicação de alguns obreiros do Direito, assim como da própria Psicologia, Sociologia, Filosofia e até da Medicina, que se têm já pronunciado sobre este mote.

Assim sendo, o primeiro capítulo desta dissertação, visará delinear a génese desta problemática, perpassando em revista todo o pensamento típico do Positivismo Jurídico, para assim, com base em tal apanhado, conseguir estabelecer a relevante e necessária articulação entre o pensamento positivista e o hodierno panorama de crise no direito judiciário. Para complementar esta meditação será ainda examinada a transformação deste pensamento positivista operada no século XX que, enquanto legatário do século XIX, põe em causa toda a reflexão jus-positivista, sobretudo o *modus operandi* da prática judiciária, para o qual propõe um modelo menos simplista e menos pragmático, convidando no mesmo à introdução de outras questões e aspetos de índole subjetiva.

Posteriormente, analisar-se-á o contexto em que o século XXI recebe este debate e ainda a forma como aborda o mesmo. Neste espaço de reflexão serão integradas e analisadas várias perspectivas, nomeadamente perspectiva a filosófica, a linguística e a humanística das decisões judiciais.

O terceiro momento deste trabalho debruçar-se-á sobre o imprescindível diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais, porquanto esta convergência de conhecimentos se revela fundamental à compreensão do eixo problemático das fontes que realmente informam o direito judiciário. Este é o espaço dedicado à interdisciplinaridade, no qual tem lugar a estudo sobre o diálogo entre o Direito e a Moral, a Ética, a Justiça, a Hermenêutica Jurídica, o determinismo e o voluntarismo da decisão, aspetos sempre subjacentes ao espírito do Juiz no proferimento da sentença.

Ainda na senda do mote da interdisciplinaridade, identicamente se reservará um lugar à análise da comunicação entre o Direito, a Neurociência e a Psicologia, na qual se recuperam reflexões ao nível do funcionamento neurológico e do processo cognitivo da tomada de decisão do Juiz, bem como a análise da psique humana e a sua influência e forma no processo da tomada de decisão.

Por último, registar-se-ão ainda algumas palavras sobre a atual crise de valores e da Justiça, procurando sugerir qual o protótipo de Juiz a adotar para melhor solucionar tais crises.

Capítulo I - A gênese da problemática: a legitimação da atividade judiciária

A gênese da problemática que se pretende trabalhar surge precisamente no momento de transição do século XIX para o século XX, que, por inerência, promoveu a mudança de paradigma quanto ao exercício do poder jurisdicional, agora especialmente centralizado no aspeto concreto da fundamentação da sentença.

No século XIX a sentença era considerada como um momento secundário no âmbito da prática judiciária, pois as grandes reflexões deste período histórico apenas se centravam na questão essencial da forma como o Direito podia assegurar os direitos dos cidadãos, conferindo-lhes garantismo. Neste século vigorava, assim, um ponto de vista normativo e dirigido para a atividade do legislador, enquanto redator do texto da Lei.

Por seu turno, a segunda metade do século XX passou a enaltecer questões de outra índole e de forma particularizada, tais como a demanda judicial, que até tal momento era considerada como algo mecânico, formal, porque decorrente de todo um processo judicial organizado e racional. Porém, o surgimento de uma visão crítica mais alargada neste setor proporcionou a obtenção de um conhecimento gradual das limitações deste pensamento e da sua inadequação e insuficiência, por se revelar totalmente dependente da própria prática judiciária, bem como o enfatizar da necessidade de elaborar novos instrumentos, com o propósito de aperfeiçoar o sistema argumentativo do raciocínio jurídico e ainda de apresentar novas chaves da legitimação discursiva.

Nessa medida, inúmeros estudos voltados para os aspetos da argumentação e do raciocínio, tanto centrados nos argumentos e raciocínios práticos em geral, como também quanto à própria argumentação e fundamentação jurídica, em particular, foram realmente desenvolvidos, a fim de demonstrar e explanar a patente insuficiência deste método lógico-formalista em que se fundava o Positivismo Jurídico.

Ora, o somatório dos vários contributos prestados por todos os pensadores e participantes no debate jurídico afeto a esta contenda, no cômputo dos quais se enaltecem como verdadeiros representantes máximos, sem qualquer margem de dúvida, o inglês Stephen Edelston Toulmin, o alemão Theodor Viehweg e o polaco, naturalizado belga, Chaim Perelman, consumou-se na formulação de uma série de alternativas teóricas designadas para o papel proposto para a lógica dedutiva no âmbito da argumentação e na prática jurídica; alternativas que ganham forma no seio da lógica informal, proclamando a adoção da tópica jurídica e da neo-retórica, assim também

postulando uma definitiva desvinculação do raciocínio que se originou em Descartes, concepção plasmada na primeira parte da sua obra “Discurso do Método”, segundo a qual uma qualquer ciência racional não pode contentar-se com juízos do foro da verosimilhança, motivo pelo qual compôs todo um sistema de proposições racionais universais e comuns a todo o ser racional, sendo certo que tudo quanto se encontre fora deste sistema não pode ser considerado como válido racionalmente.

A decisão judicial começa então a ser compreendida como um verdadeiro ato de comunicação e de inteligência da norma, uma vez que a própria norma, na sua natural forma de potência, apenas se engrandece e adquire impacto no momento da decisão.

De facto, como bem refere Maria Clara Calheiros de Carvalho, “ o século XX e estes primeiros anos do século XXI ofereceram um campo de reflexão, no âmbito da filosofia do direito, na sua vertente metodológica, à decisão judicial”⁷. Reportamo-nos, pois, a todo um período já consciente da imperatividade de fundamentação das decisões judiciais, enquanto máxima indispensável à realidade socio-democrática em que se enquadra, sendo certo que não se vislumbra sequer a possibilidade de conciliação entre um princípio de não fundamentação de um ato de autoridade desta natureza e a natureza democrática da sociedade destes séculos, muito embora, em anos e séculos volvidos se dispensasse tal fundamentação das decisões judiciais, bastando-se por si só enquanto puro ato de autoridade. Contudo, como mais uma vez bem refere a autora, decisão e justificação não são uma e a mesma coisa, pelo que este novo século primou pelo enfoque sobre esta distinção e pela relevância da mesma.

⁷ CARVALHO, Maria Clara Calheiros de, “A base argumentativa na decisão judicial”, in Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 6, ano de 2008, p.69.

a) Relance histórico sobre o Século XIX

“O sentir e o pensar de cada época são sempre o sentir e o pensar que nela, e só nela, são possíveis”

Paulo Ferreira da Cunha

A História é a Ciência que se ocupa da atividade humana no passado, ou, tal como diz Marc Bloch, “a ciência dos homens no tempo”. Assim, tal como a Filosofia, a História distingue-se da generalidade dos ramos do saber pelo facto de não possuir rigorosamente um objecto próprio exclusivamente seu. Pode dizer-se que entram no seu âmbito os objectos próprios de todas as outras disciplinas científicas⁸.

Cada época tem de ser entendida e reconstruída à luz das suas circunstâncias próprias e das suas ideias características, de acordo com as suas leis e instituições.

O século XIX primou essencialmente por promover o desenvolvimento e o respetivo auge do Positivismo Jurídico, enquanto legado embrionário do século anterior, o século XVIII, impulsionando a estruturação do Positivismo Jurídico como doutrina filosófico-jurídica plena.

O Positivismo Jurídico floresce na própria “Idade da Razão”, enquanto fruto de toda a conjuntura filosófica e ambiente salutar do próprio pensamento jurídico da época, muito embora a sua génese resida na própria contraposição entre o chamado Direito Natural e o Direito Positivo – designação apenas perfilhada bem mais tarde -, ainda no pensamento clássico greco-romano.

Na verdade, tal antítese atravessou todo o período medievo, naturalmente refletindo diferentes matizes, até chegar ao pensamento filosófico, político e jurídico dos séculos XVII e XVIII; isto é, mesmo no limiar da época em que nasce o Positivismo Jurídico, no seio do qual encontrou, portanto, todo o aconchego para se incrementar e enriquecer.

O professor italiano Norberto Bobbio⁹, nas abordagens que realizou sobre o tema, interpretou-o, compartimentou-o e definiu-o de acordo com três enunciações possíveis e consequentes. Assim, começou por definir o próprio Positivismo Jurídico como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, para mais tarde o precisar como “corrente doutrinária que entende o termo direito positivo de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstractas, isto é, como Lei”, para, finalmente, concluir que “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação”

⁸ BLOCH, Marc, “Apologie pour l'Histoire ou métier d'Historien”, tradução portuguesa sob o título *Introdução à História*, Publicações Europa-América, 2.ª Edição, 1974 *apud* REGO, Sílvia, “Metodologia da História” in *Colóquios sobre a Metodologia das Ciências Sociais*, Lisboa, 1958, p. 178.

⁹ BOBBIO, Norberto, *O positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, compiladas por Nello Morra, Ícone editora, São Paulo, 1995.

que se realiza quando a Lei se torna fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do Direito, e cujo resultado último é representado pela codificação.

Desta forma, assim expostos os traços gerais do Positivismo Jurídico, e não ignorando, porém, os seus aspetos questionáveis, aclara-se o entendimento sobre o pano de fundo filosófico, político e jurídico que serve de base ao seu surgimento e constituição.

Bem sabido é por toda a comunidade jurídica e filosófica que o verdadeiro desabrochar das raízes filosóficas do Positivismo Jurídico teve lugar no pensamento iluminista e racionalista dos séculos XVII e XVIII, movimento esse que encontrou os seus expoentes máximos na França, na Inglaterra e na Alemanha. A “filosofia das luzes”, assim cognominada, ficou caracterizada por dois aspetos primordiais, a assinalar: a crítica racional de toda e qualquer crença e conhecimento e ainda o uso do conhecimento com a finalidade de melhorar a vida individual e associativa dos homens. De salientar que a estes aspetos assim definidos veio também juntar-se uma atitude empirista, pois que o empirismo se assumiu como uma das facetas do Iluminismo, paralelamente ao racionalismo, e garantindo uma abertura do conhecimento à crítica racional a partir da máxima de que toda a verdade deve ser posta à prova.

Neste período sempre será ainda de enfatizar o papel propulsor que a filosofia iluminista, em unísono com o próprio Liberalismo, desempenhou no eclodir de verdadeiras transformações culturais, sociais e políticas ao longo de todo o século XVIII. É precisamente neste contexto que se torna sonante a voz de Thomas Hobbes que, muito embora se assumisse como um teórico absolutista e, por isso mesmo, um verdadeiro contraponto ao criticismo iluminista, se tornou ainda assim um verdadeiro precursor do Positivismo, na exata medida em que advogava a monopolização jurídica por parte do Estado, afirmando nesta premissa que apenas as normas emanadas pelo Estado enquanto normas jurídicas seriam passíveis de reverência, muito por conta do poder coercivo adstrito ao mesmo¹⁰.

Através do eco de Thomas Hobbes, assim como de muitos outros Juristas e Filósofos, as teorias positivistas do Direito começaram a desabrochar, tendo como principal característica a identificação entre o Direito e o direito positivo, com a consequente recusa da existência de um direito natural, ou outro, como o judiciário.

Karl Olivercrona¹¹, no entanto, refere na sua obra *Law as Fact* que a própria expressão Positivismo Jurídico (*Rechtspositivismus*, *positivisme juridique*, *legal positivism*, *positivismo giuridico*)

¹⁰ Neste aspecto o pensamento de Hobbes coincidia exatamente com o de Montesquieu.

¹¹ Karl Olivercrona é um jurista sueco que, no início do século XX, estudou em Uppsala com Hägerström, o fundador do realismo jurídico escandinavo, e posteriormente tornou-se um dos principais nomes da escola realista.

foi, de fato uma expressão muito pouco utilizada pelos Juristas até ao fim do século XIX, sendo certo que apenas no decurso do século XX é que este se tornou um dos conceitos mais comuns do vocabulário jurídico. Porém, não obstante o seu largo uso, não existe em concreto um consenso razoável sobre o seu significado.

Tal ausência de aquiescência muito se deve ao facto de o próprio termo “Positivismo” se referir a duas tradições jurídicas distintas e não inteiramente compatíveis. Desta feita, a tradição mais antiga desta expressão, que remonta ao século XIX, é oriunda do termo alemão *Rechtspositivismus* e respeitante a estudos jurídicos que se debruçavam apenas sobre o estudo do direito positivo, enquanto direito reconhecido pelo Estado. Nessa mesma aceção, Positivismo Jurídico deriva de direito positivo, sendo que dessa mesma vertente nasce uma teoria extremada que é o próprio positivismo legalista, isto é, a própria materialização do Direito na Lei.

O segundo intento desta mesma expressão não tem na sua origem o direito positivo, mas sim o positivismo de Auguste Comte. Vários foram, aliás, os Juristas influenciados pelas posturas científicas de Comte que, partindo dessas posturas, desenvolveram outras teorias, tendo por base a análise do direito circunscrito a factos empiricamente verificáveis e apartados de juízos de valor.

Com base neste pressuposto, estes teóricos do Direito nada mais defendiam e promoviam senão um entendimento da própria justiça como simples emprego da Lei, ignorando qualquer juízo de valor ou mesmo qualquer estado de espírito ou psicológico do aplicador da Lei.

O Positivismo Jurídico surge com o propósito de erradicar qualquer enlace do Direito com os próprios processos pessoais pelos quais o Juiz chega a uma decisão, sendo certo que passa apenas a relevar a sua capacidade de tornar expressas as normas jurídicas.

Torna-se, portanto, fulcral suplantar o ideal metafísico e religioso herdado dos séculos transatos, opondo claramente o primado do idealismo ao primado da razão. O verdadeiro intento desta doutrina passa precisamente por reduzir a compreensão da norma e sua respetiva aplicação à sua existência e inclusão no sistema jurídico. É neste aspeto em concreto que os pensadores do Positivismo Jurídico comungam do Positivismo Filosófico, isto é, na ideia de que com a rejeição das considerações metafísicas e/ ou idealistas se torna possível aclarar a natureza do Direito.

Ora, esta quebra que os visionários do Positivismo Jurídico pretendem levar a cabo em relação ao seu “antagonista” jusnaturalismo/ moralismo, declinando, para tal, todas e quaisquer considerações metafísicas e/ou idealistas explicativas da natureza do Direito, vem necessariamente colocar dúvidas e questões no tocante à própria fundamentação da sentença por parte dos seus

prolatores, assim como em relação ao carácter e estrutura pessoal, social e moral dos mesmos, a fim de aferir a idoneidade de tais para tão árdua tarefa.

Neste sentido, de acordo com as traves mestras traçadas pelo Positivismo Jurídico a construção pessoal, social e moral do Juiz em nada relevará na demanda judicial, pois o mesmo apenas se deve focalizar no aspeto formal da Lei, assumindo um raciocínio lógico-dedutivo e despido de qualquer resquício naturalista deste processo. O Juiz deve, assim emanar a sentença com base apenas naquilo que a Lei/Norma tem a oferecer.

Sucedee, contudo, que, ao longo do tempo esta capacidade lógico-dedutiva que ao Juiz era exigida no momento do proferimento da decisão se revelou inadequada, utópica até, uma vez que o Juiz não é capaz de julgar apartado da sua pessoa.

Arriscado será certamente imputar ao próprio Positivismo tal comprometimento, porém parece existir coincidência entre o nascimento da crise da legitimação do poder jurisdicional com os ensinamentos doutrinários do Positivismo e suas conseqüentes exigências, no que concerne à pretensão de construir e implementar uma teoria pura do Direito, alicerçada em pilares materialmente desenhados em raciocínios formais lógico-dedutivos, sempre procurando ocultar a essência humana do Direito e dos seus atores/intervenientes, sobretudo o aspecto humano do Juiz.

Até ao século XVI não impedia sobre os Juízes a obrigatoriedade de fundamentar as suas sentenças, pelo que questionar uma decisão judicial, ou melhor, a autoridade do Juiz, seria o mesmo que questionar Deus. Deste princípio de não fundamentação das sentenças ou da sua não sujeição ao princípio da legalidade, decorria que só o próprio carácter moral da autoridade do Juiz podia fundamentar e justificar os traços das mesmas. “Se a conduta não figurava objectivada na sentença, deveria manifestar-se na conduta dos seus artífices, os juizes, os quais desse modo viviam condenados a, em razão do seu ofício, representar sem descanso o papel de Astrea no teatro da vida. Na falta de lei o juiz era considerado a imagem da justiça”¹².

A atividade do Juiz assim perspectivada desembocava na exigência aos Juízes de determinados rasgos morais bastante vinculados, assim como determinados comportamentos sociais restritos, a fim de estes se dedicarem à atividade de julgar com acento na imparcialidade e transparência.

A chegada ao século XIX, bem como a nova concepção política do Estado, despoletou uma mudança radical do paradigma, pois a motivação das sentenças passou a ser requisito essencial

¹² GARRIAGA, C. y LORENTE, M., *apud ibidem*, p.106.

para disciplinar a tarefa dos Juizes, travando a desmedida discricionariedade e livre arbítrio de que se compunham as sentenças proferidas até então. A constituição do novo Estado Liberal, em paralelo com o progresso do Positivismo, clamava pela necessidade de se ver plasmado nas sentenças o respeito pelo princípio da legalidade, enquanto poder que deve situar-se num plano de superioridade face ao Juiz e à própria sentença. Neste propósito, a condição de alcance deste imperativo passou, necessariamente, por compelir os Juizes a fundamentar legalmente as sentenças que emanavam, sendo certo que, por meio de tal imposição, a aplicação da Lei devia figurar como uma constante necessária à boa administração da justiça.

A legitimação das sentenças depende agora, tanto do conteúdo da mesma, como da fundamentação nela constante, com total alheamento pelo respeito sobre a moral privada da autoridade que as dita.

O Direito passou, assim, a exigir que as decisões a emanar se construíssem com base no sistema de fontes do Direito, desta feita obrigando ao desenvolvimento de raciocínios judiciais instituídos através de uma análise congregada da premissa normativa geral e os factos provados. Deste pretensão raciocínio lógico-dedutivo deverá resultar no próprio texto da sentença os aspetos que logicamente a legitimam e fundamentam. Obviamente que outras premissas analíticas poderão existir; porém, e com base nessa possibilidade, Luigi Ferrajoli refere que “a motivação permite a fundamentação e o controlo das decisões tanto *em direito*, por violação da lei ou defeito de interpretação ou subsunção, como *de facto*, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo de causalidade e provas”¹³.

Por inerência deste inovador entendimento jurídico registou-se uma menor supervisão e regularização das atitudes morais dos Magistrados, bem como dos seus comportamentos sociais, notando-se uma maior permissividade, uma vez que num contexto em que aos Juizes compete decretar sentenças sustentadas em fundamentos legais, os seus atributos pessoais de carácter moral passam a assumir uma importância ínfima nesta matéria.

Do ponto de vista técnico, portanto, o bom Juiz seria todo aquele que dominasse adequadamente a técnica jurídica, mostrando-se capaz de formular uma sentença na qual impregnasse uma adequada análise e subsunção dos factos demonstrados à norma jurídica *in casu*, assim dirimindo o litígio, e sem que para tal empreitada devesse ser dotado de virtudes éticas e sociais e delas se socorresse para sentenciar.

¹³ BULYGIN, Eugénio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, in ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugénio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

Isto visto, alcançamos neste ponto a pedra de toque de toda a questão fundamental por ora a tratar. A viabilidade do raciocínio jus-positivista em todos os seus aspetos até aqui elencados estremece neste particular, o que nos finais do pensamento jurídico do século XIX fez emergir várias contendas.

Em boa verdade, os princípios basilares deste pensamento jurídico afiguram-se como os mais sustentáveis, em qualquer ordenamento jurídico, para se alcançar e emanar demandas justas e verdadeiras. Por outro lado, não poderá o Positivismo Jurídico ignorar esta realidade: a sentença nunca poderá deixar de ser um ato humano. Melhor dizendo, a mecânica que se defesa promover nas tomadas de decisões judiciais obedecerá aos trâmites desta astúcia lógico-dedutiva do Positivismo Jurídico; porém, será este percurso lógico-decisório, legalista, auto-suficiente? Isto é, assistirá aos Julgadores tamanha capacidade de reflexão lógico-dedutiva que se baste para decidir contendas tão sensíveis?

Ora, o século seguinte revelou um certo ceticismo em relação a esta exacerbada exigência de aplicação de um tipo de raciocínio mecânico, na base do qual residirá um verdadeiro silogismo jurídico e do qual resultará a subsunção dos factos às premissas legais com aplicabilidade direta no caso concreto.

Assiste, portanto, a este novo século, uma visão menos incauta com respeito a este ponto da temática da sentença judicial.

b) O século XX como o enfatizar do problema

O século XX, enquanto legatário de toda esta reflexão jus-positivista, incidente sobre o *modus operandi* de toda a prática judiciária, acolhe tal legado, no entanto negando, desde logo, a sua faceta totalmente simplista, pragmática e funcional.

Tudo o que aqui vem sendo dito permite-nos aquilatar da influência exercida pela fecunda obra de Hans Kelsen numa verdadeira obsessão pela crítica ao jusnaturalismo, bem como a toda a crença na justiça natural. Segundo este autor puramente positivista o único objeto possível da ciência jurídica é o Direito Positivo.

A “pureza” a que este obreiro se refere nada tem a ver com uma qualquer característica do próprio Direito, muito embora a sua pretensão passe literalmente pelo alcance de tal estado de “pureza”, veiculado pela Teoria Pura do Direito que desenvolveu. Esta teoria representa a busca intencional do autor em proceder ao isolamento do Direito no seio de todos os demais elementos sociais que, no seu entender, o contaminam.

Este autor austríaco pretendeu ascender a um nível exclusivamente sistemático e dinâmico do Direito, procurando torná-lo autónomo e auto-suficiente em si mesmo, desta feita garantindo total validade e eficácia legislativa e jurídica, uma vez que cada norma não poderá adquirir validade independentemente de outra que lhe seja superior e já, precedentemente, aceite no cômputo da sua “pirâmide normativa”.

Todo este sistema normativo Kelseniano é assim formulado com uma arquitetura validamente concebida e composta por distintas camadas ou níveis de normas jurídicas, em cuja base se localiza a sentença judicial e no topo a Constituição Nacional dos diferentes ordenamentos jurídicos.

Desta estrutura assim invariavelmente organizada brota uma doutrina formal e sistemática na qual este autor distingue claramente a alçada da validade da esfera da eficácia, sendo aquela adstrita ao “dever-ser” e a outra ao “ser”. A eficácia é uma qualidade atribuída à conduta humana e não ao direito, isto é, os homens observam o comportamento estabelecido na norma e conduzem o seu procedimento em consonância com a mesma. A base principiológica que assiste a estes termos difere bastante no seu fim, estando à validade inerente um princípio de causalidade e à eficácia um princípio de imputabilidade.

Sucede, contudo, que, esta pretensão de Kelsen poderá não compreender uma verdadeira razão de ser, ou, se quisermos, uma oportunidade bastante, pois o Direito enquanto ciência

humana é ele próprio já fruto de um pensamento contaminado de ideias sociopolíticas, morais e psicológicas, ou não fosse este todo um sistema pensado e construído pelo Homem para disciplina e orientação de toda uma sociedade.

Perante tal realidade assim atestada e clarividente, não poderá Kelsen, muito embora de forma diligente e pertinente sempre o tenha almejado, sobretudo com a construção da sua Teoria Pura do Direito, assumir o estatuto lógico e científico do químico, que na sua atividade é capaz de decompor os vários compostos químicos, dissecando e identificando os elementos químicos que os compõem. Ora, tal prática não poderá rigorosamente aplicar-se ao Direito, uma vez que os compostos químicos não se constituem a partir de atitudes e pensamentos humanos, assim como também não estão dependentes da atividade da pessoa humana no uso normativo e imprescindível das suas faculdades.

Foi, portanto, com assento nesta consciência sobre o impedimento do Direito se alicerçar num puro tratamento científico, que o século XX, herdeiro deste legado do pensamento jurídico e, por inerência, desta concepção Positivista do Direito, acolheu tal nuncio, isto é, com uma certa incredulidade sobre a robustez e convicção dos alicerces de tal pensamento jurídico lógico-dedutivo.

Desta feita, a partir da segunda metade do século XX, e muito por força da consumação das graves violações sobre os direitos fundamentais da pessoa humana e a sua constante degradação verificadas antes e no decurso da II Guerra Mundial, veio-se a desenvolver uma visão mais fria, e discordante, sobre as características do Positivismo Jurídico, nomeadamente sobre a sua pretensa neutralidade axiológica e o seu conceito meramente formal de validade do Direito. Um conceito que sustentava um verdadeiro desinteresse pelo conteúdo substantivo das normas, e bem assim pelas concepções transpersonalistas do Estado e da sociedade que dominaram, precisamente, as décadas de 30 e 40 deste século XX, e que, naturalmente, vieram chamar a atenção dos jusfilósofos para a imperiosa necessidade de encontrar um fundamento transpositivo e *supra* legal para o Direito que, ao mesmo tempo, limitasse a desmesurada expansão do Estado e do seu poder político, bem como ao livre arbítrio dos legisladores.

Assiste-se neste exato período da história do pensamento jurídico a um certo renascimento do direito natural face à evidente exigência da própria história sociopolítica mundial de uma justificação filosófica do Direito que não puramente empírica e lógico-dedutiva que dominava o vasto conjunto das teorias positivistas.

Assim, os três vetores e pontos de concordância das teorias positivistas, a saber: a rejeição de qualquer Direito que não o direito posto, isto é, um direito formulado pelo legislador, no caso concreto da Teoria Pura do Direito de Kelsen, que em nada mais se traduz senão numa permanente negação do Direito Natural; em complemento deste surge aquele que se traduz na presença do Homem como fundamental para a determinação do que é o Direito e de qual o Direito válido para um determinado sistema jurídico; e por último, o de que nenhuma norma jurídica vale por si só, apartada do sistema em que se inclui e que lhe atribui validade, começam assim a perder a sua força tentacular sobre todo o sistema jurídico, pois as lacunas do seu suporte nesta altura tornam-se cada vez mais evidentes, fazendo fraquejar a doutrina Positivista.

A necessidade de recompor e adaptar o Direito à realidade deste século, sobretudo, e tal como já fora referenciado, na sequência dos flagelos causados pelos acontecimentos da II Guerra Mundial, submeteu os Filósofos e Juristas desta época a beber novos saberes, soluções e explicações noutros ramos do conhecimento, nomeadamente da Psicologia e da Sociologia.

No que toca à Psicologia, em forte expansão nesta época, encarada como uma nova fonte de conhecimento e explanação de reações, atitudes e comportamentos humanos, novadores contributos foi capaz de facultar à ciência do Direito, complementando-a.

Nessa linha de convergência de saberes e estudos realizados nestas doutas áreas do conhecimento, o Direito e a Psicologia, naturalmente outros momentos do Direito e questões de outra índole passaram a ser enaltecidos de forma peculiar, momentos esses que, até à data se encontravam relegados para segundo plano, pois eram entendidos como algo secundário e puramente instrumental do Direito. Neste aspeto referimo-nos em concreto à própria demanda judicial, produto acabado decorrente de todo um rol de atos formais e mecanicamente trabalhados, até ao momento relegados para segundo plano no Direito.

Esta esclerótica visão positivista sobre as limitações do Direito, nomeadamente no tocante a este aspeto da jurisdição, foi questionada, e o Direito alcançou, assim, um estado de partilha e um carácter de interdisciplinaridade que até então não possuía, ou concebia sequer.

Este encontro do Direito com a Psicologia, assim consolidado desde há vários anos, tem permitido novas oportunidades de investigação e intervenção, uma vez que as novas tarefas que nesse domínio foram acreditadas aos psicólogos passaram a contribuir de forma excecional para a tomada de decisões mais legítimas, céleres e eficazes, por meio da utilização de métodos, técnicas e conhecimentos que alcançam saberes que ultrapassam o senso comum.

A partir das últimas décadas do século XX a expansão permanente da Psicologia pelo Direito tem-se manifestado na produção documentada de vários estudos e trabalhos de reflexão teórica, intervenção clínica e reeducativa. Os agentes desta ciência humana têm laborado com a Justiça na sua qualidade de indivíduos que possuem conhecimentos especializados e que escapam aos próprios atores do sistema legal, como os Juizes, Advogados, Administradores, entre outros.

Em boa verdade, os mais importantes contributos da Psicologia para o Direito patentearam-se no esclarecimento de questões relevantes para o sistema judicial e, mais concretamente, para o domínio das políticas de intervenção social. Adoptaram igualmente um papel fundamental no estudo e compreensão de todos os participantes, na construção e identificação dos perfis dos agentes criminosos, das vítimas, das testemunhas, entre outros.

No que concerne em específico à análise e subsequente desenho do perfil psicológico do Juiz, bem como à ascendência deste aspeto na prática judiciária, atenta a complexidade deste exclusivo, também muito foi possível colher no âmago desta disciplina, visto que a visão humana da Psicologia sobre a forma do pensamento e inerente ação/ atuação dos indivíduos mostrou ao Direito uma nova linha de orientação. Os mecanismos empregues para o alcance da decisão judicial não se compõem apenas de atos formais e pré-estabelecidos pela ordem jurídica, compreendendo um *modus operandi* institucionalizado, como o direito positivo, ou os seus princípios base determinam, mas também de um conjunto de muitos atos de outra índole que não podem ser ignorados no decurso do processo decisório, por se assumirem como uma subespécie do rol dos atos levados a cabo até à prolação da demanda judicial.

A verdadeira novidade desta intervenção reside na chamada de atenção para o fato do desempenho do Juiz não ser motivado apenas e só pelos trâmites impostos pela prática judiciária, e que o levam apenas a produzir os comportamentos incumbidos ao técnico do Direito, pois o mesmo Juiz não pode julgar apartado da sua condição humana, sendo a sua conduta guiada e fundamentada pelas próprias emoções e sentimentos inerentes e comuns a qualquer ser humano.

A tomada de decisões é uma constante na vida de qualquer pessoa. A todo o momento são feitos julgamentos e raciocínios lógicos, dedutivos e indutivos, também tendentes a alcançar deliberações, nos mais diversos campos de acção e ainda decisões de compleições distintas. Em qualquer uma destas situações o indivíduo envolve inevitavelmente e de forma ímpar toda a sua estrutura emocional.

Ora, esta consciência humanística do Direito, em particular do elemento decisor da prática judiciária, era, até este momento, uma lacuna no sistema. A omissão deste aspeto tão humano e

naturalista do acto decisório, inevitavelmente cunhado nas sentenças, colocava este momento num plano secundário do Direito. O sistema jurídico olhado e sustentado pelos princípios do Positivismo Jurídico não concebia esta realidade, isto é, esta impressão da pessoalidade e humanidade do Juiz nas suas demandas judiciais.

Ao decidir, o Juiz aparece com tudo o que é: homem e técnico do Direito, conhecedor e sabedor dos princípios a que está obrigado pelo sistema judiciário, mas também como pessoa humana, moral e social que é.

De salientar, contudo, que nesta particular questão, as demais ciências naturais como a Neurociência e a Biologia, vieram prestar igualmente o seu auxílio na explanação, compreensão e tratamento desta problemática. Do seio destas áreas de agnição, ou melhor da sua confluência, inegável foi a cooperação de António Damásio para esta matéria, pois este cientista mostrou e provou documentadamente que não é possível tomar decisões desgarradas de estímulos emocionais, pelo que se torna fulcral observar os processos decisórios e perceber as suas limitações.

A reconstrução do processo mental do Juiz, assim como é defendida pela própria Psicologia, pode ser impossível de alcançar e até algo indesejada, uma vez que perfeitamente poderá desembocar na abertura de uma verdadeira caixa de Pandora. Tal empreitada obrigaria a descrever o comportamento dos vários agentes, nomeadamente das testemunhas, bem como a perceber que interpretações são feitas pelo Juiz sobre o mesmo, isto é, que valor é imputado pelo Juiz a cada testemunho, a fim de perceber qual o relevo destes no processo da tomada de decisão. Ora, atendendo a que até a própria cultura coloca obstáculos a uma operação deste nível, nunca verdadeiramente seria possível atingir uma reconstrução absolutamente fidedigna, completa e “objetiva”.

CAPÍTULO II - O nosso século enquanto legatário do dilema

a) A Filosofia e o Direito do Século XXI: que visão

✓ Abordagem holística da temática:

A Filosofia é a ciência que confere ao Direito uma visão sempre refletida da realidade em que este opera. Desta seiva que a Filosofia oferece, o Direito alimenta as suas raízes e cresce. Esta dinâmica só se alcança fruto da própria evolução temporal, pelo que em cada época, a Filosofia vai moldando o Direito com contornos cada vez mais perfeitos e simétricos.

Toda a prática filosófica, enquanto atividade articulada do pensar, do julgar e do computar, assume inquestionável relevância na sistematização do Direito, pelo que é intemporal a lição sobre a filosofia da história legada por Hegel, segundo a qual: “A filosofia é a apreensão do seu tempo pelo pensamento”. A filosofia é o espelho do mundo presente, que confere ao Homem uma necessária auto-compreensão do pensamento de si próprio, isto é, uma consciência de si mesmo imbuído desse tempo.

Ora, na base de todo o desenvolvimento do Direito sempre esteve o Humanismo, primeiramente havido como uma pura atitude intelectual característica do Renascentismo, do qual brotou uma nova sensibilidade para os valores humanos e, consequentemente, um novo antropocentrismo totalmente voltado para a dignidade do Homem.

A dada altura, porém, a visão humanista do Homem passou a assumir outros perfis, muito por força das sucessivas investigações etológicas, bioquímicas, da genética e também da Neurociência. Esta investigação conjunta constitui, muito provavelmente, o maior desafio alguma vez lançado a uma conceção verdadeiramente humanista e espiritualista do Homem, pois procura explicá-lo na sua fórmula mais simples, isto é, de acordo e com base nos trâmites do zoológico e do bioquímico.

Ora, a patente propensão do Direito para a confluência cada vez mais presente e evidente de experiências e saberes provindos de todas as áreas de agnição, aliada à sua capacidade de transmutação, nada mais potenciam que uma constante reconstrução de toda a obra inacabada do Direito. Na verdade, o Direito é toda uma tarefa na qual os vários elementos humanos, sociais e científicos investem os seus esforços, erigindo alicerces que se reforçam uns aos outros.

A pairar sobre toda esta realidade de transformação encontra-se, frequentemente, uma atmosfera de crise institucional, que clama insistentemente por “reforma”. Isto é, há sempre no Direito uma necessidade premente de mudança e de adaptação.

A Filosofia, ao longo dos séculos, numa visão construída e pensada, tem-se assumido, a par de vozes sonantes, como a da Política e da Sociologia, entre outras, como a porta-voz destas reformas, ou pelo menos da necessidade delas, acolhendo e dando sempre a conhecer uma visão crítica. Com base neste seu carácter pronunciador, a Filosofia do século XXI, à semelhança da dos séculos volvidos, faz-se ouvir também. Contudo, neste nosso século, a linguagem de desordem, de caos, do apocalipse, é a que monopoliza o discurso mediático sobre a Justiça, impondo, claramente, uma reforma eficaz que recupere a acreditação dos seus administrados, isto é, do “Povo”. E não se trata apenas de reconstruções legislativas, pois essas assumem sempre um papel imprescindível e necessário para a vida e o progresso em sociedade.

Este panorama de descrença na Justiça por todos aqueles em nome de quem esta é administrada é extremamente grave, uma vez que, quando o pilar judicial esmorece, o próprio sentido de comunidade organizada com base no direito também se desmorona. Essa é uma condição *sine qua non* à legitimação e estabilização de um qualquer sistema político.

Revela-se, assim, cada vez mais inquietante esta gradual proclamação da degradação da Justiça, ou mesmo até da insolubilidade dos problemas que ela levanta. Todavia, falar-se da deslegitimação do Poder Judicial no seio da Democracia só faz sentido na perspectiva de ser combatida.

Resta, contudo, acrescentar que os efeitos desta patente descrença popular na Justiça são apenas limitados, porque não é socialmente possível viver em comunidade e não recorrer ao Direito e à Justiça. Aliás, essa incessante procura pela Justiça tem sido constantemente apontada como um dos principais fatores da crise.

Em abono da verdade, se crítica construtiva há a apontar ela deverá recair, precisamente sobre o frenesim legiferante, que já sob a forma de um discurso leviano se traduz na repetida ideia da necessidade da “reforma da Justiça”, uma vez que a leviandade desse discurso mecânico, deve, em concreto, ser substituída por uma reflexão cabal sobre o atual estado da justiça portuguesa e que da mesma brote toda uma nova política de ação, capaz de executar tal desejada mudança.

A esta emergente e permanente crise de matrizes estruturais da sociedade, da política, da economia, da soberania, da moral, da religião e até dos padrões da acção individual tem sido, frequentemente, atribuído o rótulo de *pós-modernidade*.

A conveniência deste conceito de pós-modernidade - conceito concebido e desenvolvido por Charles Jencks, teórico de arquitetura americano, paisagista e designer -, assenta também no problema que se tem vindo insistentemente a colocar sobre a própria autonomia do Direito hoje, bem como sobre o significado dessa autonomia no cômputo da realidade histórico-cultural e humano-social. Também sobre esta problemática Castanheira Neves teceu algumas reflexões ao longo do seu livro *O Direito Hoje e com que sentido?* (o problema da autonomia do Direito), explorando com toda a cautela não só o cerne da questão da autonomia do Direito, mas também, as demais questões inerentes, como o sentido da normatividade jurídica, assim como o próprio sentido do Direito para a sociedade em geral nos dias de hoje.

A este propósito, o referido autor vem ensinar o seguinte: “Só o sentido do direito em que a sua autonomia se afirme implica uma exigência de virtude. Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele - o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O direito só concorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr social e culturalmente a virtude desse compromisso”¹⁴.

Este quadro assim pintado e que procura retratar o compromisso que se almeja entre os sujeitos do Direito com o mesmo, procura exteriorizar a urgência de desenvolvimento de uma nova óptica a adotar pelos intérpretes, Juristas e Juízes frente aos institutos jurídicos, adeptos e reprodutores de toda uma ideologia positivista e legalista, cuja preocupação quanto aos efeitos produzidos no caso concreto se revela quimérica, mas que sempre se encontra protegida debaixo do véu da aparência da competência, da certeza e da segurança jurídicas.

Em bom rigor, será de admitir que a doutrina positivista do Direito foi gradualmente evoluindo para uma feição cada vez mais instrumentalizada da razão, dessa maneira caminhando em direção a um Direito alienado, repressivo e ainda desumanizado, incapaz de acompanhar a emancipação e libertação do Homem em toda a sua compleição.

¹⁴ NEVES, A.Castanheira, *O Direito Hoje e com que sentido?* - o problema da autonomia do direito, Instituto Piaget, Lisboa, 2002, sinopse.

Ocorre, porém, que a sociedade é um organismo composto de mudança, cujas inerentes e radicais contradições despoletam constantes crises e toda uma conjuntura de instabilidade, apresentando sempre vários desafios ao Direito, motivo pelo qual nunca se poderá aquilatar da crise no Direito de forma isolada, assim como jamais se poderão apresentar respostas estanques e pontuais.

Neste momento de crise impõe-se, por isso, uma séria reflexão sobre a legitimidade do poder judiciário quanto à produção e aplicação da Justiça, na medida em que, dúvidas não restam de que, o que verdadeiramente se encontra em crise é a própria dogmática jurídica, que em virtude de permanecer fiel à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa, afasta-se fatalmente das práticas sociais quotidianas.

Este é, portanto, o momento que marca vincadamente o fim da modernidade e a entrada numa outra era que, tal como já foi dito, se tem usualmente designado por *pós-modernidade* ou, alternativamente, “modernidade tardia”.

E o que pode entender-se por *pós-modernidade*? Essa é a grande questão.

No entender da doutrina firmada por alguns autores brasileiros a *pós-modernidade*, que nasceu por altura do fim da guerra fria e da expansão das novas tecnologias, não é mais, no dizer da autora brasileira Juliana Cabral, que um novo movimento histórico cunhado pela própria “expansão global do capitalismo de acções voláteis”.

Nesta época de *pós-modernidade*, o próprio conceito de sistema jurídico se vislumbra maninho, por alicerçado em estruturas caducas respeitantes à eficácia experimentada do modelo jurídico anterior, da era da modernidade, com base no qual esse sistema assumiu o compromisso da litigiosidade contemporânea, desta maneira incorrendo num total alheamento e inquestionável imprecisão sobre a realidade social. Na verdade, o sistema jurídico da pós-modernidade vagueia sem rumo e eficiência numa realidade para a qual não se preparou devidamente, sendo certo que a litigiosidade contemporânea não é mais a mesma vivida e adaptada pelo Homem do século XIX. A globalização e as profundas mudanças que ao mundo legou e que justificam por si só a denominação de *pós-modernidade* subtraiu espaço ao direito codificado, impossibilitando-o de dar resposta a toda a conflitualidade que, hodiernamente, já não se apresenta tanto como individual, mas antes coletiva.

A intrínseca dependência do sistema jurídico com os demais sistemas, como o social, o cultural, o político, o económico, o científico, o ético, entre outros, não permite que o Direito seja conjecturado no sentido da sua imunidade às constantes transformações que ocorreram nos modos

tradicionais e modernos da concepção do mundo. A macro finalidade do Direito prende-se com a regulação das relações sociais, motivo pelo qual não pode o intérprete ignorar toda a conjuntura em que essas relações se exprimem, sob pena de necessariamente não apresentar eficazmente respostas.

Por todo o exposto, a solução passa por perquirir-se novas formas de interpretação da Justiça, figurando-se como saída possível aquela já vislumbrada na Metodica de Friedrich Muller e constante da sua Teoria Estruturante do Direito, atualmente apontada por muitos pensadores do Direito, e que se consubstancia “na protecção dos direitos fundamentais com a hermenêutica normativa da concretização, compreendida na moldura de um Estado democrático de Direito, onde avulta sobretudo a eficácia das regras constitucionais fora de todo o formalismo exclusivo, unilateral e restritivo, sem janelas ou abertura para o universo das realidades sociais concretas; estas que, na aplicação hermenêutica, fazem parte, indissociavelmente, da própria natureza, vida, substância e normatividade do preceito jurídico, do qual a *praxis* é conteúdo integrativo essencial”.

Estão aqui propostas duas linhas de orientação na interpretação do Direito, porquanto através desta teoria se colige uma rejeição do clássico positivismo formal, enquanto estandarte das correntes formalistas tradicionais, por um lado, e por outro lado a ideia que deverá servir de fio condutor aos intérpretes, juristas e Juizes, elucidando-os para o facto de que devem estar sensíveis às mudanças genésicas de várias formas de conflitualidade coletiva.

Em jeito de sistematização de tudo quanto foi *supra* dito, mas nunca num tom absolutamente conclusivo, de salientar que a Filosofia do nosso século encontra-se não só a analisar criticamente a formação do direito positivo, bem como a sua aplicação como fonte legitimadora do Poder Judiciário, como também a exaltar a necessidade de requestar uma nova forma de interpretação inclusiva do Direito e que atenda também ao “outro”.

✓ Análise da confluência de múltiplos factores – nomeadamente

linguísticos:

A Filosofia deste jovem século XXI volta toda a sua atenção para o alcance de uma Justiça que com base em novas fórmulas hermenêuticas, desapegadas dos dogmas legalistas tradicionais, pela renúncia às leis injustas e meramente institucionais, que mais não são que o sustento de toda

uma conveniência do Poder Judiciário, ousa replicar mais alto, que o Direito é muito mais que simples norma positiva.

Assim, na senda desta perspectiva pós-moderna, verdadeiramente defensora de um Direito mais justo e democrático, tem a Filosofia dispensado uma conjunta atenção voltada para o aspeto da sentença jurídica (como, a título introdutório já foi, aliás, referido), essencialmente para o aspeto da sua fundamentação e seus pressupostos adjacentes. É uma temática hodierna, sem dúvida, que decorre já de uma recente tradição jurídica, mas que muito tem feito refletir, não só os jusfilósofos, mas também os Juristas.

Em bom rigor, o cariz enunciativo e comunicativo da decisão judicial, que se assume como o último reduto obtido da relação dialética havida entre Direito e Norma, por si só, não se compraz com uma análise simplista sobre o seu conteúdo; isto é, sobre a sentença judicial outra análise não poderá colher melhor fruto, que não uma observação congregada dos múltiplos fatores presentes nesse ato de comunicação. Cabe, por isso, à Filosofia, de modo geral, estudar tais fenómenos, assim como informar a Filosofia do Direito quanto aos mesmos.

No conjunto dessa multiplicidade de fatores que estão presentes nas decisões judiciais, e que não raras vezes são olvidados, são de salientar, nomeadamente, os fenómenos linguísticos, aos quais a atual Filosofia do Direito tem atribuído um novo enfoque, já não se apresentando os mesmos como fenómenos ignotos ao Direito.

O processo de comunicação humana está naturalmente patente no exercício do Direito, porém, mais concentradamente na prática judiciária, pelo próprio fenómeno dialético já supra enunciado. No que concerne à fundamentação das decisões judiciais, é, analogamente, fulcral atentar-se neste aspeto do funcionamento da linguagem, e entender a distinção essencial entre semântica e pragmática, sendo certo que uma e a outra não são a mesma coisa, assim como a norma jurídica não deve confundir-se com o próprio enunciado linguístico no qual ela se insere, uma vez que, ontologicamente, a norma jurídica assume-se como a própria significação de toda a expressão linguística vertida no texto da Lei¹⁵.

O tratamento de temáticas desta índole, que procuram esmiuçar a análise de elementos constantes nas funções desempenhadas quer pelo Legislador, quer pelo próprio Juiz, ao longo de toda a *praxis* judicial, é de uma enorme valia para o processo judiciário, no sentido em que permite a qualquer destes agentes do Direito deter e aplicar um conhecimento profundo e informado sobre

¹⁵ SOUSA, Filipe Oliveira, "Breves considerações acerca da distinção semântica/pragmática: o que é e por que interessa aos juristas?", *in* <http://www.boletimjuridico.com.br/>, edição n.º 195.

os vários instrumentos do seu trabalho, motivo pelo qual estes estudos não devem, jamais, ser relegados para planos secundários.

A tarefa de fundamentar uma decisão judicial, assim, requer muito mais que uma análise, ainda que perspicaz e minuciosa, dos critérios linguísticos patentes no texto da Lei, mas antes e em paralelo, uma emergente necessidade de revisão dos métodos interpretativos do ordenamento jurídico, sem esquecer uma constante revisão da tarefa do Juiz, a qual já “não é mais aquela da mera aplicação de normas pré-existentes, cabendo-lhe exercer, decisivamente, um papel essencial na própria determinação da norma aplicável, o que reforça a imprescindibilidade do contexto (factores extra-linguísticos) na decisão judicial”¹⁶

Ora, proceder à fundamentação de uma decisão judicial, claramente, exige, e outra forma não pode conjecturar-se, sob pena de não se cumprir o objetivo da fundamentação, uma enorme perspicácia: por um lado, ponderando toda a análise e estudo relativamente a estes aspetos a ter em conta neste ato, e por outro, assumindo toda uma cautela no instante da seleção da norma a aplicar ao caso concreto. Não basta, assim, dizer que aquela é a norma a convocar para dirimir aquele litígio em concreto; é imprescindível demonstrar através de palavras escritas todo o processo de análise linguística e pragmática consumada sobre a norma, bem como todo o processo interpretativo subjacente, nada mais procurando, desta forma, que não provar que tal percurso traçado é adequado e conforme a critérios lógico dedutivos aceitáveis no ordenamento jurídico, isto é, sob uma perspetiva de segurança e certeza jurídicas.

Ora, esta imensidade de conceções e juízos a ter em conta no momento da prática decisória não é compaginável com qualquer teoria puramente lógico-dedutiva, com carácter único e eficaz, por meio da qual cumprindo-se um conjunto ordenado de premissas e etapas seja possível alcançar, como pretendeu Dworkin “ uma única e igual resposta dentro do ordenamento jurídico que qualquer Juiz, seguindo um conjunto de critérios dados, poderia encontrar, o que permitiria mais adequadamente realizar as finalidades de segurança e certeza jurídica”¹⁷.

Sem querer quebrar com o respeito que nutro pela tese de Dworkin, não posso aceitar compadecer-me com tal simplismo no Direito, muito menos no momento da prática decisória. Desde logo, porque não é possível olvidar a refletida síntese perpetrada por Robert Alexy, face ao incessante esquadriñar de regras lógicas e critérios racionais que orientassem o Julgador no momento da aplicação judiciária do Direito, num período em que a justificação oferecida pelo

¹⁶ *Apud Ibidem.*

¹⁷ *Apud* CARVALHO, Maria Clara Calheiros de, “A base argumentativa na decisão judicial”, *in* Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 6 do ano de 2008, p.70.

silogismo lógico dedutivo já se encontrava gasta, face às seguintes asserções: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o facto de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”¹⁸.

Face a estas quatro razões elencadas, por si só e com toda a inteireza que acarretam em si mesmas, não se vislumbra como será, efetivamente, possível obter decisões judiciais fundamentadas apenas com base no estabelecimento de uma mera relação lógico-dedutiva, baseada em princípios genuínos de racionalidade, entre as normas jurídicas na sua individualidade e a factualidade dos casos em concreto, na medida em que há toda uma complexidade adjacente, cujo devido reparo é imprescindível no âmbito da fundamentação das decisões judiciais.

Para além do mais, a faceta mutável característica do Direito, aliada à sua adaptabilidade às constantes mudanças e solicitações da sociedade para a qual atua, não torna sequer desejável a uniformização estanque de procedimentos e métodos encerrados num determinado estereótipo, pelo que, no que respeita a este aspeto, perfilho a mesma opinião de Maria Clara Calheiros de Carvalho, bastando-me, igualmente, saber que para cada litígio em concreto foi emanada a decisão mais concertada, independentemente de outras mais exequíveis para a mesma factualidade e contenda.

O que, de todo, não me parece sequer defensável, em virtude de não se mostrarem factíveis, concreta e atualmente, são, os desgastados, para não dizer arcaicos, conceitos, regras e critérios lógico-rationais do Positivismo Jurídico, na exata medida em que tais teses positivistas não são, comprovadamente, praticáveis e eficazes no atual estado liberal e democratizado da sociedade hodierna. Desta forma, dúvidas não podem subsistir quanto ao facto de que a prática de tais teses hoje, noutro tipo de sentenças, não pode desembocar que não em sentenças injustas e, por inerência, irreversíveis, e até social e humanamente cegas.

No mais, até este ponto, nada de novo se dá, por ora, a conhecer; não é de todo inovadora esta cogitação. No entanto, esta mesma reflexão é só o ponto de partida e até o fundíbulo para se atingir um outro patamar deste aspeto da fundamentação das sentenças jurídicas, sobre o qual os próximos capítulos darão conta.

¹⁸ *Apud Ibidem*, p. 70.

✓ Natureza humana da decisão judicial:

Segundo enfatizou a Prof.^o Ana Paula Loureiro de Sousa: “Uma das questões que mais tem ocupado a especulação filosófico-jurídica é a de saber se o homem tem natureza humana e que consequências podem ser retiradas dessa natureza. E intimamente unida a essa problemática, situa-se, por um lado, a questão de saber se é possível a existência de um direito natural e, a ser possível, em que sentido e como se compreende esse direito, por outro lado, que resultados concretos advêm da sua possibilidade ou impossibilidade para o direito positivo”¹⁹.

Ora, assim iniciando o processo de resposta a tão elaboradas e sérias questões pelo entendimento de António José Brandão, cuja “matriz especulativa”, segundo refere a autora deste artigo, “supera o neo-kantiano a partir de uma atitude existencial; o seu pensamento aproxima-se da tradição nacional – onde tem a preocupação, ao lado de Álvaro Ribeiro, de valorizar a filosofia portuguesa -, do aristotelismo neo-escolástico de feição tomista e da filosofia alemã”²⁰, responde de forma afirmativa e categoricamente quanto à existência de uma natureza humana. E refere ainda o seguinte: “O direito comporta-se em relação ao homem como algo «dado com» a própria existência do homem”²¹. Na base dessa mesma reciprocidade entre o Homem e o Direito, dimanam sob a forma de leis as representações das relações intersubjetivas inerentes a qualquer sociedade, assim como todo o conjunto de soluções a apresentar face às controvérsias havidas e resultantes da própria vida em comunidade.

Segundo adverte este jusfilósofo, o Homem evidencia-se como um ser superior face aos demais animais pela sua capacidade racional, ou seja, pela faculdade de dispor do pensamento. Nessa mesma medida, porque cogita e é capaz de criar o seu próprio ambiente cultural e social, no seio do qual existe e vive adaptado, o Homem assume-se como um ser naturalmente jurídico. A própria natureza humana, enquanto substrato imutável de que qualquer ser humano é dotado, permite-lhe genuinamente pensar e agir segundo ditames jurídicos. Daí que, o próprio sentido de Justiça do Homem, bem como a idoneidade de se julgar a si próprio, enquanto titular de direitos e deveres, advém desta natureza humana, que, por seu turno, influi como base imutável e elemento unificador entre o Homem e o Direito.

¹⁹ SOUSA, Ana Paula Loureiro, “Natureza Humana e Direito Natural no pensamento de António José Brandão e João Baptista Machado”, *in* Revista *Direito e Justiça*, subordinada ao tema *Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica*, Edição Especial sobre Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emilio Forte Bigotte Chorão, Porto, Univeridade Católica do Porto, volume especial de 2008, p. 24.

²⁰ *Apud Ibidem*, p. 26

²¹ *Apud Ibidem*, p. 26

“Por conseguinte, apesar de apresentar conteúdo positivo, a existência do direito não é um facto social mas natural, pois o homem por natureza tem capacidade para estabelecer relações jurídicas. O que equivale dizer que todo o sistema jurídico positivo se baseia na juridicidade natural dos homens”²².

O Direito não subsiste sem natureza humana, assim como, por sua vez a natureza humana somente adquire forma e evidência no exato momento em que o Homem concebe e apela às instituições do Direito. O Direito é um produto essencial e naturalmente humano e vale para sempre como tal.

Manifesto absoluta concordância com este ponto de vista apresentado pelo jusfilósofo português contemporâneo, António José Brandão, pois outra relação entre o Homem e o Direito também não sou capaz de granjear. O Direito é toda uma estrutura pensada pelo Homem em benefício de si próprio, em primeiro lugar enquanto ser consciente do seu valor e integridade pessoal, e em segundo lugar enquanto ser espontaneamente social que é.

É bem sabido também que, muito embora o fundamento humano que serve de substrato a todo o edifício do Direito, seja algo imutável e com validade intemporal, como supra ficou definido, as roupagens de que se reveste esta obra inacabada do Direito é algo em permanente evolução e adaptação, pois como já bem referia o poeta “o mundo é composto de mudança”.

Ora, aos desequilíbrios originados pela mudança, responde o Homem de acordo com a interpretação que faz sobre a realidade onde está e de acordo com o próprio sentido do seu *estar*. Responde, assim, o Homem à mudança com a mudança; no entanto, o que verdadeiramente muda é a visão que o Homem relança sobre o mundo, conjugada com a visão que o Homem faz de si próprio integrado na sua mundividência.

E no que tange à (in)existência do direito natural? Qual o seu lugar nesta relação entre Homem e Direito ou entre natureza humana e Direito?

Permitindo-me aqui utilizar as sábias palavras da autora: “Intimamente unido a este conceito de natureza humana, temos a ideia de direito natural, uma vez que aquela pressupõe que a lei natural permita a realização do homem como pessoa, logo, no próprio ser do homem está a sua plenitude de ser como *dever-ser*; consequentemente, a lei natural liga-se à finalidade do actuar humano. Esta finalidade conduz à perfeição e à dignidade do homem. Deste modo, não só o

²² *Apud Ibidem*, p. 27

direito natural implica a sua concretização, mas também a lei natural radica na estrutura moral do homem”²³.

O direito natural reside no plano ontológico da atuação humana, pois existe intimamente ligado à realização da liberdade. A lei natural, informada pela natureza humana e livre do Homem, é o móbil impulsionador da atividade moral do Homem, mais concretamente na sua tomada de decisões, conducentes à sua realização como pessoa livre. Deste mesmo direito natural, assim informado, brotam todos os demais direitos, tais como o direito à vida, à integridade física e moral, entre outros.

Na senda do pensamento deste jusfilósofo, do qual me admito sequaz, o direito natural firma-se na conceção de sujeito livre, fazendo, assim, depender de os demais valores jurídicos.

E muito embora se mostre verdadeiramente apaixonante e agradável toda esta leitura e análise do pensamento de António José Brandão quanto à natureza humana e o direito natural, o principal intuito da chamada à colação do seu pensamento para este trabalho de reflexão prende-se com a necessidade de, mais uma vez, não se descuidar a monta que este mote do direito natural tem para a análise da questão que aqui me proponho tratar.

A Filosofia do Direito contemporânea continua a enaltecer a axiomática interferência e presença do direito natural no próprio direito positivo, sobretudo no que concerne à informação que impregna nos valores jurídicos.

Como foi possível também perceber, a natureza humana na sua plenitude espontaneamente imutável, revela-se indissociável do Direito e de todo o edifício institucional que ele representa, não sendo também possível conceber o Direito alienado deste substrato humano. De maneira que, esta consciência sobre a natural aptidão jurídica do Homem, e que, de todo reside na sua essência, não se vislumbrando, portanto, possível a segmentação da mesma, nunca deixou, nem jamais deixará, de fazer parte do Direito e muito menos do *modus operandi* dos seus agentes.

O Direito é humano e humano é também, por consequência, o ato de fundamentação de uma sentença jurídica.

Ora, com base na universalidade destas premissas, a questão que se coloca agora é a seguinte: como puderam os positivistas pretender, por meio do desenvolvimento de teses baseadas em pensamentos que julgaram ser puramente racionais, omitir, ou mesmo aniquilar, a presença do direito natural e da sua lei no Direito?

²³ Apud *Ibidem*, p. 28

Alvitra-se aqui como não sendo possível, de todo, apartar aquilo que se gera em uníssono e em complementaridade, como é o caso da natureza humana, do direito natural, da lei natural e do Direito na sua representatividade institucional.

E quanto a este aspeto as questões multiplicam-se, sucedendo-se num encadeamento lógico sem fim, pelo que torno a questionar: se é da lei natural que brotam todos os valores jurídicos, alicerçados primordialmente na liberdade para a realização humana, como é possível almejar encontrar um procedimento oriundo de uma qualquer teoria que por si só omita a presença do fundamento básico e origem natural de todo o Direito?

A única resposta, cujo mínimo de plausibilidade vislumbro, tendo em conta tal intento, apenas pode estar ligada ao receio de admitir que o Homem, sobretudo na sua veste de Julgador, possa cometer apreciações erróneas e falíveis sobre os casos e respetivos litígios que lhe compete sentenciar.

No mais, ainda outra questão se coloca: o que pode ser uma sentença judicial senão uma apreciação dotada de contornos humanos e valorativos sobre os factos ali sujeitos a apreciação?

Como foi possível constatar, é imanente ao Homem uma natureza humana, natureza essa que dá suporte e estrutura ao Direito, visto que a conjugação dessa qualidade naturalmente humana com a faculdade de cogitar que assiste ao Homem, é que compõe o Direito. O Juiz julga com os valores que a sua própria natureza humana lhe imprime e julga com base na realização da sua liberdade, enquanto homem que é. Não se pode pretender que o Juiz execute a sua função com base nos mesmos pressupostos básicos e lógico-dedutivos da atividade do matemático, por exemplo, pois a tarefa do matemático não ordena ao mesmo que efetue os seus cálculos tendo por base juízos de ordem valorativa e muito menos com o sentimento de si enquanto pessoa livre que é. Além de que, e muito embora o matemático exercite os seus cálculos na convicção da certeza das várias convenções determinadas pelo Homem, certo é que, tais convenções decorrem, antes de mais de toda uma capacidade organizativa do meio no qual o Homem se vê inserido, e, posteriormente, de todo um raciocínio lógico de encadeamento de regras, também estas totalmente convencionadas, porém, sem qualquer consciência de si enquanto ser humano que é.

O Direito não se encerra numa mera questão de organização social, e não obstante também o seja, a verdade é que não se compadece com convenções estanques e inquestionáveis. O que não é de todo viável no Direito são convenções como a de que dois mais dois são quatro; e porquê? O número dois só o é porque alguém convencionou que assim seria, assim como também

foi capaz de determinar que multiplicando dois por dois o resultado é quatro. Ninguém questiona e todos aceitam tais verdades como baluartes absolutos e até intransponíveis.

Ora, o papel do Juiz, no ato do proferimento da sua decisão não pode socorrer-se de semelhantes convenções estanques. Os valores, os juízos, a humanidade e a moral sobre a mesma não são ajustáveis. Os termos jurídicos contidos numa norma jurídica na sua forma final escrita, pragmaticamente falando, assumem, de facto, a configuração de uma convenção estabelecida e redigida pelo Homem; no entanto, mesmo antes de atingir esta forma de potência aplicável, precede-lhe toda uma impregnação e consequente moldagem da própria natureza humana do Homem. O objetivo final pretendido com tal norma jurídica nada mais visa alcançar que não um renovado estágio de equilíbrio valorativo no seio sociocultural, que deve igualmente ser complacente com o modo de agir e de interpretar a realidade em que historicamente se insere.

Neste diapasão, de facto, todo o dinamismo do movimento social despoleta alterações nos valores dos indivíduos, sendo certo que em certas épocas históricas a intensidade dessas mudanças é mais exacerbada que noutras. Todavia, este é um fenómeno comum a todas as áreas do saber e da comunicação.

Sob o título *Obra de arte e sentença: a expressão do sentire do artista e do juiz*, de forma brilhante e extremamente oportuna, Denise Alves Horta²⁴ procurou trazer “à reflexão um paralelo entre a obra de arte, como expressão do sentimento do mundo do artista, e a sentença judicial, como expressão do sentimento, do *sentire* do juiz, no julgamento dos processos, identificando, numa e noutra, «semelhanças de família», como diria Wittgenstein (1889-1951), que se entrecruzam em determinado momento, muito embora inteiramente diversa a natureza dos seus propósitos”²⁵.

A palavra sentença dimana do étimo latino *sententia*, que por sua vez provem de um outro étimo latino, *sentire*, que significa sentir ou ter uma opinião.

Ora, esmiuçando o próprio étimo latino do qual provem a palavra sentença, outra ilação não poderá resultar do significado que deve ser atribuído à mesma, que não o resultado final de um todo organizado, o julgamento, encabeçado pelo Juiz, e ao longo do qual, perante cada processo que é levado à aferição jurisdicional deste, há uma natural impregnação dos efeitos que derivam do sentimento que flui no seu mundo de Magistrado, sentimento esse que lhe advém das experiências da construção emocional e que desenvolve em si mesmo.

²⁴ Desembargadora Federal do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região.

²⁵ HORTA, Denise Alves, “Obra de arte e sentença: a expressão do *sentire* do artista e do juiz”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região*, Belo Horizonte – MG – Brasil, Editora Sigma Ltda, v. 45, n.º 75, jan./ jun. 2007, p.164.

A sentença é o espelho que reflete todo o projeto sentido e construído pelo Juiz durante o percurso de cada julgamento. É neste preciso ponto que a Arte e o Direito se entrecruzam e se assemelham, pois o que resulta de uma obra de arte, e que nem sempre se revela verdadeiramente inteligível, palpável e sedutoramente compreensível, é o sentimento que nela está traduzido; há toda uma percepção emocionada do artista sobre a realidade captada e transposta para a obra de arte. Esta apreensão individualizada e humanamente natural da realidade é que fica exposta para ser alvo de críticas, em primeiro lugar, e posteriormente para se revelar como uma forma de interpretar uma realidade comum.

Como tão bem assevera Miguel Reale “O Direito é uma projecção do espírito, assim como é momento de vida espiritual toda a experiência ética. Mas é, propriamente, o espírito como intersubjectividade objectiva, visto como ordena o ego e o alter na validade integrante do nós”²⁶.

O Direito, enquanto conjunto de regras de vida em sociedade, é informado por todo o espectro valorativo e sentimental da sociedade em que se insere, sendo certo que tal visão é participada e inspirada na vontade humana, nos interesses e sentimentos dos homens. Todas as ações humanas que se operem descontextualizadas deste protótipo de vida em sociedade previamente definido, não só são valorativamente censuráveis, como são sujeitas a sanção.

No centro desses conflitos, incumbido de encontrar e salvaguardar a verdade, a Justiça e a segurança jurídica, está o Juiz. Cabe-lhe, no fundo, efetivar o Direito na realização dos valores da convivência.

Imperioso é aqui também não desprezar a qualidade de órgão estatal imparcial do Juiz, a quem é confiada a função jurisdicional e ministrado todo o ensinamento quanto às imposições de ordem formal a que a mesma está necessariamente submetida, formalismos que, não raras vezes, implicam até o sacrifício da verdade real.

“Mas o juiz não é máquina, é humano, e, ainda que submetido a limites formais, o produto do seu trabalho reflete essa natureza humana”²⁷

Ou como bem enfatiza Menezes Direito²⁸, “[...] a decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana. Sendo uma decisão humana ela não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. O homem não existe somente porque tem o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é razão e emoções, sentimentos, crenças. A decisão judicial é, portanto, uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do

²⁶ REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 20.^a ed, Ed. Saraiva, 2007, p. 700-701 *apud ibidem*, p. 166

²⁷ *Apud ibidem*, p. 167

²⁸ Esclareço aqui e desde já, que o Ministro, então integrante do Supremo Tribunal de Justiça, foi indicado pelo Presidente da República para compor o Supremo Tribunal Federal.

poder jurisdicional. E a independência do juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social”²⁹.

Assim, na senda do que veio afirmar Menezes Direito, Miguel Reale também se pronunciou, manifestando o seguinte: “ Hoje [...] já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente o juiz aos textos lógico-formais é porque não o compreendemos alheio ao mundo das realidades humanas, aplicando, como um simples autômato, imperativos de leis resultantes tão-só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente, à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do Direito; mas também não o colocamos acima da lei e das necessidades sociais de sua interpretação”³⁰.

Das eloquentes considerações que supra ficam arroladas, regista-se a importância da sensibilidade do Juiz na própria aplicação do Direito, que decorre naturalmente da interpretação sentida que o mesmo faz das leis perante as realidades humanas e as necessidades sociais emergentes, para, assim, emanar a obra judicial – a sentença.

“Noutro passo, o produzir artístico também nasce de observação apurada, dirigida tanto para aspetos externos quanto internos de algum fator desencadeante da sensibilidade do artista, que vivencia um processo hermenêutico peculiar dos próprios sentimentos e reflexões, transformando-os em representação concreta através do meio eleito para essa corporificação”³¹.

Com base ainda nesta interação, não seria justo aqui não citar a magnífica expressão de Karl Jasper, de acordo com a qual, o fim desejado é alcançado “pensando-o e, dessa maneira, ganhando intimidade com ele; manipulando os objectos manipuláveis, pensando os objectos pensáveis”³².

O mesmo raciocínio tem lugar quando se fala do binómio **Juiz-sentença**. Manuseando os factos e as normas, juntamente com as várias possibilidades interpretativas desses ingredientes, o objeto final dessa preparação há-de patentear igualmente toda uma sensibilidade pensada e ainda a posição que o sujeito encontrou para atingir um equilíbrio social, temperado com a sua necessária prudência e harmonia, sem perder de vista os fins sociais e as exigências do bem comum.

Por tudo quanto ficou dito, finalizo este subcapítulo com uma última reflexão: o Juiz, para emanar uma qualquer sentença de Direito, congemma de acordo com a correlação necessária de

²⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, “A decisão judicial”, in *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n.º 11, 2000, p. 24-42.

³⁰ REALE, Miguel, *op. cit.* apud HORTA, Denise Alves, p. 168

³¹ *Apud Ibidem*, p. 171.

³² JASPER, Karl, *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo (SP), Ed. Cultrix, 2006, p. 36.

vários elementos, vai ao encontro da necessária correlação de elementos como a Justiça, a racionalidade, os valores sociais e os factos, a fim de alcançar uma sentença que seja, essencialmente, justa, o que, por outro lado, não invalida o facto de poder decidir de forma inovadora e sentida.

CAPÍTULO III - A comunhão do Direito com as ciências sociais

a) O dilema da racionalidade jurídica

“Quando um operador do direito (particularmente o juiz) processa o que é (ou deveria ser) material emocional como se não tivesse conotação alguma, sua conduta se assemelha muito a de um indivíduo psicopata: sua atividade se caracterizaria por uma ativação insuficiente das regiões cerebrais associadas à emoção, e por uma integração deficiente dos processos cognitivos e emocionais. Para um operador desse tipo, o que deveria ser necessariamente uma experiência cognitiva/emocional, não passa de ser um fato exclusivamente cognitivo ou intelectual: um psicopata com toga”

Athus Fernandez e Atahualpa Fernandez

O pequeno fragmento *supra* transcrito, ainda que de forma um tanto ou quanto excessiva, admita-se, assume neste trabalho o propósito de realçar uma renovada concepção do Direito, decorrente da abertura do Direito às demais ciências, colhendo no seu seio os estudos e conhecimentos destas.

O século XXI apresenta toda uma conjuntura dinâmica, propícia ao conhecimento e à constante confluência de saberes a que o século passado deu início e procurou desenvolver, assim legando ao novo século um projeto de gnose inacabado.

Em boa verdade, o que enaltece este projeto de gnose é precisamente a abertura à confluência entre ciências de vários campos de erudição, em cujos distintos objetos de estudo sempre se descobrem aspetos de complementaridade e entendimento. No fundo, a diferença que os repele reaparece como elo de ligação, reaproximando-os.

Este fenómeno assim descrito manifestou-se de forma patente na invasão protagonizada pelas ciências cognitivas e neurológicas no âmago das teorias sociais e normativas, e que ficou a dever-se inevitavelmente aos mais recentes estudos e descobertas do funcionamento do cérebro humano.

Estes estudos, realizados sobre a mente e o funcionamento do cérebro, rapidamente foram acolhidos pela própria Filosofia, pela Moral e também pelo Direito, de forma progressiva e contundente, assim despertando questões antigas acerca da racionalidade humana, do bem e do mal, da Justiça, do livre-arbítrio, do “*rule of law*” e das afinidades entre os indivíduos.

As ciências dedicadas ao estudo da mente, do cérebro e da natureza humana vêm mostrar que os seres humanos atuam com base em certas predisposições inatas e fundamentais assentes na natureza humana, sendo certo que as mesmas se encontram codificadas em potência no

cérebro humano, mas que influenciam as ações e atuações humanas, assim como também influem na forma de sentir e pensar.

Atualmente, estas questões que parecem estar constantemente adormecidas no Direito, atenta a presente crise de legitimação da atividade judiciária, revestem-se de uma importância acrescida, visto que cada vez mais nenhuma filosofia (ética ou jurídica) pode, a partir de agora, permanecer encerrada ou isolada numa torre de marfim, prescindindo dos resultados advindos de outros campos de investigação, cujo esmero promove uma ponte entre a natureza e a sociedade, a biologia e a cultura, ainda que de uma forma mais empírica, dedicada e comprometida com as ciências tributárias ao ser humano.

A Filosofia concebida a partir de uma ideia da mente válida no século XVII é verdadeiramente insuficiente para a modernidade e é insuficiente sobretudo, para fundamentar respostas a questões desta ordem no Direito e na Jurisdição. No mais, os resultados das investigações levadas a cabo no campo das Ciências Cognitivas e da Neurociência apontam no sentido de que todo e qualquer pensamento tem o seu correlato físico no cérebro, não sendo totalmente indissociáveis entre si. A emoção, a racionalidade, o espírito e o cérebro apenas assumem a sua individualidade num contexto em que se encontram integrados e interligados.

Em termos práticos e objetivos, o que se pretende afirmar é simplesmente que o pensamento depende das emoções e que a racionalidade humana funciona dentro dos limites da atenção e da memória, desta feita tornando impossível a tomada de decisões apartadas de emoções. Todas as decisões supostamente lógicas e razoáveis se encontram “contaminadas” por emoções, ou, simplesmente não existe decisão. Este é o processo mental necessariamente subjacente à emanção das decisões e juízos.

À luz do conhecimento dos séculos transatos, o mundo dos sentimentos sempre resultou concebido e delineado separadamente do mundo da inteligência, sempre se negando uma possível interferência entre ambos. E, certo é que, muito embora as emoções não possam representar-se por meio de fórmulas matemáticas, o mesmo já não se poderá dizer quanto à sua presença e manifestação na conduta humana, em relação à qual funcionam como os verdadeiros impulsionadores. Toda a ação humana se encontra vocacionada para atingir um determinado estado de ânimo ou ainda para modificá-lo, pelo que não será excessivo atestar que o aspeto emocional do ser humano assume toda a direção do comportamento que este exterioriza, nomeadamente no que toca à manifestação de determinada conduta dirigida e tendente ao alcance de certos valores, pois só os sentimentos proporcionam experiências valorativas.

Esta perspectiva sobre o processo mental da conduta humana despoletou um enorme interesse nos estudiosos destas temáticas, mais especificadamente sobre a percepção do relevo que estas experiências afetivas exercem no processo de tomada de decisões, nomeadamente das decisões jurídicas, questão sobre a qual incide este trabalho de análise.

À Neurociência coube nesta particular questão uma proeminência sem igual. Os novos avanços que desenvolveu no âmbito do estudo e compreensão da mente e do cérebro humano revelaram-se cruciais no campo da interpretação e da aplicação das normas jurídicas. Com base nestas novas conceções científicas exploradas e dimanadas pela Neurociência raiou a oportunidade de erigir novos padrões de racionalidade e critérios metodológicos mais sólidos. Enfim, o que, na verdade, estas descobertas da Neurociência vieram enformar foi precisamente o seguinte raciocínio: se é certo que as normas jurídicas e os acontecimentos do mundo influem na conduta humana por meio da interpretação, será também possível controlar e direccionar o processo de aplicação ou de realização prática do Direito.

É no contexto do próprio estudo sobre o processo da interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto que se enquadra, por inerência, este ensaio sobre o binómio cérebro/norma, porque apenas este mecanismo de interpretação se verifica como o meio apto, necessário e suficiente para promover um funcionamento integrado, natural e em uníssono do cérebro e da norma.

E assim é pela simples razão de que inexistem princípios e/ou regras que por si só fundamentem e regulem o comportamento humano. O sistema jurídico alicerça-se nesta combinação de cérebro e norma, ao qual, em complementaridade, se vem associar o mecanismo da interpretação e aplicação das regras e princípios jurídicos. Por tudo isto, o comportamento humano no campo jurídico encontra-se sempre dependente da convergência necessária da concreta realização do Direito e da correlativa e incontestável dimensão subjetivo-individual do Jurista, também ele intérprete de Direito.

Muito embora estes conhecimentos aportados pelas Ciências Cognitivas e pela Neurociência evidenciem um carácter “irracional” na determinação dos enunciados normativos, parece ser incessante a busca de elementos capazes de alicerçar toda uma metodologia que marque os critérios de uma “racional” e “correta” determinação desses mesmos enunciados normativos, à semelhança daquilo que já fora a pretensão de grandes teóricos do Direito defensores do Positivismo Jurídico. De acordo com uma verdade sã, não seria legítimo aqui disfarçar o merecimento que tal metodologia de trabalho implicaria positivamente no mundo

jurídico, sendo certo que com base nessa mesma metodologia apenas brotariam justas demandas judiciais.

Esta pretensão, todavia, cai, desde logo, pela base, visto que a autêntica atividade cerebral não pode estruturar-se de uma forma tão simplista. A título de exemplo do que atrás vem dito, e refira-se o próprio processamento de juízos morais e éticos acerca do justo e do injusto, no qual invariavelmente marcam presença os elementos não-lógicos do entender, bem como os elementos valorativos e emocionais, mesmo tratando-se de um efetivo raciocínio jurídico.

Ora, a consciência sobre a constante e inevitável presença destes aspetos do legado biológico de qualquer ser humano no processo decisório problematiza a legitimidade de um qualquer raciocínio jurídico decorrente apenas de um rol de operações rígidas baseadas numa logística dedutiva ou cognoscitiva, e absolutamente lógico-formal, pois, na realidade, nenhum ser humano é capaz de decidir inibido de toda a sua estrutura emocional e valorativa, que, por sua vez se evidencia no fenómeno interpretativo/hermenêutico.

É, definitivamente, contra-intuitivo e ilusório supor que a tarefa interpretativa e os modelos metodológicos sejam concebidos como extracraneais, independentes da cognição e emoção que o não são, claramente. A interpretação, bem como a metodologia jurídica, são produtos acabados da máquina cerebral, para os quais intervêm os vários ingredientes cognitivos, emocionais, e ainda sociais e culturais.

Não poderá, assim, o sistema jurídico voltar as suas costas a esta realidade evidente, disfarçando-a, uma vez que, tal como fica dito *supra*, estes fatores e influências, inatos e adquiridos, funcionam como condicionantes da “racionalidade” humana no momento da interpretação e aplicação do Direito. Todo este funcionamento do aparelho cerebral não pode ser menosprezado nas tomadas de decisões judiciais, pelo que a atitude inversa revela uma verdadeira incapacidade de aceitação do real exercício do sistema jurídico.

Esta consciência, que deverá ser efetiva, pode originar uma certa “revolução” na atual forma de pensar e entender Direito, em especial na parte que cabe à própria Jurisdição, podendo culminar numa inovadora e refrescada forma de atuação por parte dos agentes de Direito, em concreto, o Juiz.

Foi com base nesta premissa que Carlos Ayres Britto, Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, instigou os Juízes dos Tribunais do Trabalho, em pleno Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho, a pensar e investir num novo Humanismo, para tal devendo estribar-se no princípio de que o Operador de Direito pode promover uma melhor justiça se, para além da

razão, igualmente repensar e aplicar os dispositivos jurídico-normativos depois de filtrados pelas suas emoções. Segundo este Ministro “o humanismo não se esgota no racionalismo porque ele comporta o sentimento”.

De tudo quanto *supra* fica registado, de uma forma sintética, e pese embora a variedade de teorias elaboradas acerca da interpretação jurídica envolvida em todo o processo da aplicação das normas jurídicas, a verdade é que os modelos e teorias contemporâneas permanecem hostis à receção e integração na tarefa hermenêutica do papel das emoções nos processos de tomada de decisões jurídicas, revelando-se, assim, carentes de auto consciência com respeito à realidade.

A malha que se tece com os fios desta matéria é longa e rebuscada, jamais se findando em tão poucos parágrafos, o que seria no mínimo redutor. Por isso mesmo, colhendo ainda um pouco mais de sumo no âmago desta área do conhecimento, no Capítulo IV deste trabalho de análise e reflexão haverá oportunidade de aperfeiçoá-la e enriquecê-la.

b) Moral, Ética, Justiça e Direito: concepções evolutivas e fundamentos da actividade jurisdicional

“La Metafísica es la búsqueda de malas razones para explicar lo que denominamos instinto; pero la búsqueda de estas razones no deja de ser también un instinto.”

F. H. BRADLEY

Antes mesmo de enveredarmos por uma breve explanação sobre as concepções evolutivas e os fundamentos éticos da atividade jurisdicional, cabe aqui fazer uma breve paragem para algo refletir sobre os conceitos de Moral e de Ética.

Distinguir ou não distinguir Moral de Ética? Quase se poderia dizer: “eis a questão?”.

Uma vasta multidão de pensadores e filósofos apresenta uma concepção bifurcada destes conceitos, pronunciando-se pela indistinção entre ambos, no mais encarando-os como sinónimos. Por seu turno, um outro grupo filósofos não enveredando por esta indistinção, encara estes conceitos na sua individualidade e razão etimológica. Neste particular, refira-se, a título de exemplo que o filósofo Ricoeur, por mera convenção, distingue Ética e Moral, interpretando a primeira como «la visée d’une vie accomplie» e a segunda como «l’articulation de cette visée dans les normes caractérisées à la fois par la prétention à l’universalité et par un effet de contrainte»³³

Assim, etimologicamente falando, a Moral tem origem no étimo latino *mores*, que significa os costumes, e a Ética deriva do termo grego *ethos*, que significa maneira ou modo de ser. Enquanto a Ética, na sua qualidade de disciplina da Filosofia, clarifica e fundamenta os comportamentos humanos, a Moral, cuja fonte histórica reside no Direito Romano, é constituída pelo conjunto de valores e normas pelas quais os indivíduos deverão comportar-se para viver humanamente na sociedade em que estão inseridos. Não obstante, e independentemente das várias formas de encarar a distinção entre Ética/Moral a questão central que parece ocupar a Moral e a Ética é a seguinte: como devemos viver humanamente bem? Assim, também aqui enveredarei pela indistinção entre Moral e Ética.

Ora, o que sucede com a Moral ocorre muito analogamente com o Direito, na justa medida em que o Direito, muito embora não constitua uma “moral armada”, acaba por se assumir como o mínimo denominador comum. A intemporalidade da máxima romana *non omne quod licet*

³³ RICOEUR, Paul, *Soi-même Comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, 200, *apud* BRITO, José Henrique Silveira de, *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I. Kant*, Santa Maria da Feira, Edições Contraponto, 1994, pag. 11.

honestum est não permite que se conceba um Direito imoral, isto não no sentido de ser contrário à moral dominante, mas antes à moral natural ou comum, ou ainda, ao “mínimo ético”.

E no que ao conceito de Justiça respeita? O que é a Justiça?

Para se atingir a noção de Justiça é imperioso apelar, uma vez mais, à analogia estrutural entre Direito e Moral, porquanto o conceito de Justiça está arreigado no próprio direito natural, enquanto direito mais alto, vital e racional, que preside à natureza das coisas, em relação ao direito positivo, criado pelos homens, não está, nem pode estar imune. A Justiça é o sentido inerente e essencial do Direito; é a sua referência axiológica mais alta e valiosa; é, com efeito, o ideal que lhe confere *razão de ser*, pelo que o Direito só se efetiva como realmente válido quando alcança a Justiça. Esta é a justificação pela qual, repetidamente, se associa a problemática da Filosofia do Direito ao próprio problema da Justiça, já que só esta pode ofertar verdadeiro sentido ao Direito³⁴.

Quando se procura saber o que é a Justiça, ou melhor, qual é o seu problema ontológico, duas perspectivas se exibem possíveis, tendo em conta que esta pode ser considerada, por um lado sob um ponto de vista subjetivo, enquanto faculdade individual, e por outro, enquanto valor em si mesmo, princípio ou ideal³⁵.

Deste modo, a Justiça está para o controlo de validade das leis humanas, falíveis e contextuais, assim como a lei moral essencial, isto é, a “lei natural”, está para as pequenas regras de bom comportamento: num plano superior.

Não existe um só e tamanho conceito de Justiça que congregue todo o seu significado. Porém, o esforço dos Romanos nesse sentido foi, no mínimo, glorioso, pois conseguiram atribuir-lhe uma noção formal, instrumental e dinâmica, como: *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. Não obstante, esta definição (“constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu”) não refere, desde logo, o que é o Direito, que vem a ser o seu e de cada qual.

Tratando-se de uma verdadeira vontade ideal e principiológica, esta também não pode materializar-se. Na mesma linha de pensamento de Delfim dos Santos, o que verdadeiramente é real é a injustiça³⁶.

Esta nota, porém, merece aqui a abertura de um parêntesis. A Justiça é, de facto, uma permanente e infinita luta tendo em vista o alcance de uma meta onde o equilíbrio é pleno e é também cada ciclo que se abre pelo recomeço dessa realização. E até aqui outra convicção não se concebe. Não obstante, e para que o alento de qualquer Jurista e mesmo de qualquer cidadão não

³⁴ TEIXEIRA, António Braz, *Sentido e Valor do Direito – Introdução à Filosofia Jurídica*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Estudos Gerais Série Universitária, 1990, p. 185.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ SANTOS, Delfim, *Direito, Justiça e Liberdade*, apud TEIXEIRA, António Braz, *op. cit.*, p. 187.

esmoreça, acredita-se que há verdadeiros momentos de realização de Justiça. Há efetivamente casos jurídicos nos quais reina a célebre frase: “foi feita Justiça”, pois o próprio de cada um se afirmou e definiu pela devida aplicação da Lei, verificando-se, assim, mais enaltecido o papel do Juiz face ao do Legislador. E esta realidade, por ínfima, embora perene, que seja, deve ser realçada e acreditada, sob pena do percurso a trilhar pelo Direito não passe de uma permanente frustração. Por outro lado, este momento de Justiça não é, naturalmente, imune à elaboração e projeção de outros juízos críticos sobre a própria Justiça ou injustiça daquela concreta forma da aplicação da Lei.

Feita esta breve introdução, outras interrogações de mais rebuscada monta deverão aqui ser colocadas também, ao refletir-se sobre Moral, Ética, Justiça e Direito.

O que determina que uma ação seja boa ou má?

Ao longo dos tempos, os Filósofos foram indagando a resposta certa para esta incomensurável questão e nesse desígnio, segundo deu a conhecer Nigel Warburton³⁷, três tipos essenciais de teorias morais foram explanadas, a saber: as baseadas no dever, as consequencialistas e as baseadas na virtude.

Ainda que em traços muito gerais, cabe aqui lugar a uma breve delineação de cada uma dessas conjecturas. As teorias éticas baseadas no dever sublinham que cada indivíduo detém certos deveres, isto é, cabe-lhe executar determinadas ações; por sua vez, as teorias consequencialistas ajuízam da retidão ou não de uma ação, não por meio dos propósitos do autor da ação, mas, antes, atendendo às consequências dessa mesma ação; por último, as éticas da virtude apresentam-se concentradas no carácter do sujeito moral e estão interessadas na vida da pessoa como um todo, sendo que o seu ensejo, face à pergunta “como devo viver?”, é de responder que a vida será tanto melhor vivida quanto mais cultivadas estiverem as virtudes.

No âmago das teorias do dever surge a ética cristã e a própria ética Kantiana, assim como a ética utilitarista de John Stuart Mill está presente nas teorias da ética consequencialista e, por último, a obra de referência das teorias da ética do carácter é a *Ética a Nicómaco* de Aristóteles.

Para além daquele tríptico de teorias éticas, duas teorias mais há a acrescentar nesta análise evolutiva da Moral no seio da Filosofia, as quais muito influíram na Filosofia do Direito e na construção, transformação e no progresso do mesmo. Refiro-me à teoria ética contratualista, defendida por, entre outros renomados autores, Thomas Hobbes, com a sua célebre obra

³⁷ WARBURTON, Nigel, “Elementos Básicos da Filosofia”, in *Coleção Filosofia Aberta*, Ciências Soc. e Humanas - Filosofia, Gradiva Publicações, 2007.

Leviathan, e, ainda, e jamais menos importante, Jean-Jacques Rousseau com a sua obra-prima *O Contrato Social*. E o que pretendiam estes Filósofos? Nada mais do que dar a conhecer todo um pensamento orientado para uma moralidade entendida como um conjunto de regras definidas e aceites pelas pessoas inseridas numa sociedade, regendo-as.

A segunda metade do século XX mostrou-se francamente inovadora neste setor contribuindo para a Filosofia do Direito com a teoria da Ética do discurso de Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel, a teoria da Ética Neocontratualista de John Rawls e a teoria da Ética da Responsabilidade de Hans Jonas.

Ora, deste percurso evolutivo das formas e das teorias construídas sobre a Moral e a Ética verifica-se, claramente, que os jusfilósofos contemporâneos se revelam bem mais preocupados hoje em trabalhar e esmiuçar este setor da Filosofia do Direito. No entanto, mais uma interrogação aqui se me coloca: terá esta acesa dedicação aos temas da Moral e da Ética algo a ver com a atual crise de valores? Estariam estes pensadores ainda no século transato, com uma doutrina orientada pela sua visão futurista, legada para o actual século, a procurar na Moral e na Ética as respostas e a caução de credibilidade para um tempo em que as questões científicas ocupam grande parte da realidade? Ao que parece, há hoje uma verdadeira preocupação em justificar as ações e as práticas científicas e tecnológicas atuais, sendo certo que, agora mais que nunca, na ordem do dia surgem as questões adjacentes à eutanásia, ao aborto, a reprodução medicamente assistida, à inteligência artificial, entre outros casos.

É inegável a presença de toda uma nova era repleta de cenários científico-tecnológicos, cujos procedimentos e ensaios específicos, demasiadamente invasivos e até transgressores da vida humana, que cada vez mais levantam novos e diferentes problemas morais.

Há uma preocupação ética constante motivada por todas estas novas tendências científico-tecnológicas, aqui enunciadas apenas a título de exemplo, as quais constituem renovados e inegligenciáveis desafios para o pensamento ético na busca de uma conduta ou decisão que promova a tão almejada e respeitada harmonia social, pelo necessário respeito pelos bens comuns, sem, com isso, coarctar o progresso científico.

As considerações éticas propendem, por isso, a dotar o Homem dos possíveis argumentos necessários para ultrapassar a injustiça, a desordem e a violência.

Portanto, nesta perspetiva, a par com o Prof. Luís de Araújo, também aqui se entende a Ética “como o estudo da moralidade do agir humano, impondo-se examinar a dimensão

antropológica do agir para, em seguida, refletirmos acerca da dimensão ou estrutura ética da experiência humana”³⁸

Porém, e jamais negando o quão a presente temática é sedutoramente apaixonante, não é propósito primordial deste trabalho de reflexão esmiuçar as correntes éticas e morais doutrinárias que documentam a Filosofia do Direito, mas sim, e apenas, deixar bem definidos os pontos de partida deste subcapítulo. Ou seja, a única pretensão que por ora se pretende atingir é deixar assentes em termos históricos e graduais o desenvolvimento destas teorias, porquanto deste ponto é possível catapultar a reflexão principal deste trabalho para a forma como o Direito e seus agentes se vislumbram preparados para responder às novas provocações sociais da contemporaneidade.

A sociedade contemporânea confere um avultado espaço de cogitação a temas verdadeiramente atuais e para os quais não havia qualquer espaço para meditação nos séculos pretéritos. Esta é, essencialmente, a idade da Bioética, ciência hodierna e no seio da qual há todo um campo dedicado à congeminção sobre a vida humana, as evoluções e intervenções científico-tecnológicas e suas consequência para o Homem e sua existência em sociedade.

Ora, também não é exatamente sobre isto que se intenta trabalhar aqui, mas sim procurar entender de que forma estas convenções e tratados sobre a Moral e a Ética, assim como estas inovadoras indagações sobre a Bioética, influenciam a humanidade do Juiz. Por certo que influenciam.

Permito-me ainda colocar duas questões já previamente colocadas também por Luigi Ferrajoli³⁹ e que são as seguintes: “Em que medida e em que condições se justifica a intervenção do direito na solução dos problemas levantados pelas questões bioéticas, nomeadamente pelas ligadas às intervenções científicas sobre o corpo humano? E quais são as fontes de direito mais apropriadas a esse fim: as leis, sob a forma de regras gerais e abstractas, ou antes – como de facto está a acontecer, nos países da *civil law* e também nos de *common law* – a intervenção dos juízes através de decisões motivadas, caso a caso, com base nos princípios?”⁴⁰.

Como já foi possível atrás revelar, a reflexão ética da Idade Contemporânea desdobrou-se numa série de perceções distintas acerca da Moral, assim como dos princípios basilares da sua fundamentação. Todavia, assiste a todas essas conceções um denominador comum, denominador esse que se traduz numa liminar recusa pela fundamentação exterior ou transcendente à Moral.

³⁸ ARAÚJO, Luís de, *Ética – Uma Introdução*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

³⁹ Professor da Universidade de Camerino, Itália.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, “A questão do embrião entre o direito e moral”, in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, ano 24, Abril/Junho, 2003, n.º 94, p. 15.

Existe, no todo, um pensamento centrado no Homem concreto e, por inerência, nos valores e normas morais, na ordem do direito natural e da “natureza humana”.

Tendo por base todo este panorama de busca incessante pela recuperação de uma moral naturalmente humana, que prime pela emanção de normas de conduta baseadas num direito natural, face ao já enunciado cenário de evolução científica e tecnológica, começa a admitir-se o fundamento da discricionariedade do julgador, bem como o seu comando na administração de todo um dever jurídico na condução dos seus julgamentos, no âmbito dos quais lhe compete procurar, identificar e adotar a solução mais apta a cada caso concreto, sem jamais perder de vista as finalidades legais, mas também sem deixar de imprimir a sua sensibilidade em cada caso.

Esta questão da discricionariedade judicial, tal como não poderia deixar de ser, doutrinariamente, não pode passar despercebida à controvérsia. E nesta medida não pode aqui deixar de passar em revista a controvérsia que aparta Hart de Dworkin. O primeiro filósofo é apologista da seguinte metodologia: o direito positivado deve estar apto a responder a todas as questões juridicamente suscitadas; porém, caso se revele insuficiente, o Juiz deverá fazer uso da sua própria discricionariedade (aqui entendida já como poder discricionário) para assim colmatar as lacunas legais ao mesmo tempo que contribui para a construção do Direito. Ora, como não podia deixar de ser, esta abertura à entrada para a cena jurídica do poder discricionário do Juiz da teoria de Hart é alvo de profundas críticas por parte de Dworkin que, inovadoramente, sugere que o resgate do Direito em falta por meio da compreensão conjunta do sistema principiológico que fundamenta todo o sistema jurídico. Ou seja, Dworkin, a fim de evitar esta margem de discricionariedade do Juiz, pretende encontrar as peças em falta no puzzle do Direito, partindo já do alcance das normas jurídicas e, com os demais elementos constituintes do Direito, encontrar internamente a solução. Daí surgir a figura do *juiz Hércules e da única resposta correcta*.

É perfeitamente compreensível a essência desta controvérsia, porquanto o próprio termo discricionariedade deve ser encarado com respeito e cautela. É um conceito demasiado amplo e que pode em si mesmo albergar várias e distintas aceções, abrangendo um vasto campo de ação, pelo que não fácil trabalha-lo, tanto teórica como praticamente. Quais os limites a impor à discricionariedade do Julgador? Penso que esta questão vinca, desde logo, o início da problemática, porque, posteriormente, também vai ser crucial perceber se esses limites estão ou não a ser cumpridos; mas como avaliar esse cumprimento?

Como é possível asseverar, há toda uma panóplia de questões que inevitavelmente emergem deste conceito de discricionariedade, mas sempre se desconhecerá a resposta mais eficaz.

Atenta uma ótica biológica sobre esta conjunção entre Direito, Moral/Ética e Justiça, tudo se resume a um processo biológico e evolutivo de estratégia humana numa incessante busca pela adaptação a um limiar de vida social e cultural cada vez mais aperfeiçoado. Nesta lógica, a moralidade, a par com juridicidade, nada mais são do que conjuntos de regras traçados e objetivados para usufruir, na medida do possível, de uma harmoniosa vida em sociedade. Em traços muito superficiais e concisos, a Moral encontra o seu propósito na pura intenção de obstar à violência entre os homens sociais, sendo que o Direito, neste quadro assim pintado, se assume como o elenco de regras escritas a ser aplicáveis sempre que os homens transgridam tais princípios e condutas morais, assim também resolvendo os inevitáveis conflitos sociais. Por seu turno, e como não poderia deixar de ser, a Justiça, ou a ideia que lhe subjaz, que é também essencialmente humana, sempre pretende expressar a supremacia axiológica da existência humana inserida comunitariamente.

Desta feita, comumente a tudo o que depende do e existe para o Homem, também estes complexos sistemas normativos, não são mais que organizações de defesa face à natural tendência e propensão do Homem à agressão, nas suas várias formas, sempre que inexistente perfeita correspondência e reciprocidade entre os vínculos sociais estabelecidos. Na base desta intrincada organização social está sempre presente a própria “bio”, isto é, a normatividade sociocultural assim modelada exibe-se para resolver determinados problemas sócio-adaptativos práticos, separando os interesses individuais. Enfim, na verdade, é imanentemente biológica a necessidade de prever e controlar os comportamentos humanos, assim como também de os controlar, justificar e coordenar, no mais, projetar e planejar as ações e interações sociais.

Ora este é, fundamentalmente, o suporte dos fenómenos jurídicos e morais, nos quais estão implícitas as intuições e emoções inatas, que, ao contrário da tese de Kant, não decorrem de uma fria racionalidade Kantiana.

É comum ao Homem atuar norteado por um inato desejo de segurança e identificação comunitária e para tal perfilha regras de conduta e práticas comumente aceitáveis e funcionais numa determinada sociedade. Contudo, o verdadeiro cerne da questão sobre a verdadeira origem, sentido e finalidade da Justiça, da Moral/Ética e do Direito reside nos fundamentos naturais e neurobiológicos da conduta humana. A condição humana do Homem é pressuposto, fundamento e

sujeito de todo o ordenamento jurídico, político e moral, em si mesmo, orientado para o reconhecimento, respeito e proteção dos seus direitos no âmbito dos vínculos interpessoais superintendidos por distintos tipos de normas que os indivíduos reconhecem reciprocamente⁴¹.

As questões que mais reiteradamente têm ocupado a Filosofia do Direito de hoje prendem-se com o próprio sentido e validade do Direito, sendo certo que nesta indagação há toda uma consciência gradativa de que tanto o Direito como a Moral/ Ética se encontram alicerçados nos próprios conhecimentos acerca da condição humana. Por outras palavras, há toda uma visão antropológica e naturalista que se começa a afirmar e vai “no sentido de admitir que a partir da aceitação dos melhores dados disponíveis acerca de como são os seres humanos, considerados sob uma ótica muito mais empírica e diligente com as ciências da vida e da mente, será possível reconstruir os fundamentos do direito, da justiça e da moral sobre uma base mais segura”⁴². Não pode, por tudo isto e com base nesta medida, ser desconsiderado, para a compreensão destas matérias, “o status do ser humano no reino da natureza, do ser humano considerado simultaneamente como um ser biológico, cultural, psicológico e social”⁴³.

A pós-modernidade está a revolucionar radicalmente as novas formas de interpretar e entender tanto os sistemas físicos como o próprio pensamento humano. Está em voga uma Biologia realista da mente decorrente dos avanços da própria Biologia evolutiva, da Genética, da Neurobiologia, da Primatologia, da Psicologia, entre outras Ciências Humanas. Este é o momento em que com maior predisposição os cientistas e os filósofos do Direito se têm apresentado para, em uníssono, e congregando esforços, se debruçarem sobre o estudo das ações humanas no seu contexto social e cultural.

Este novo paradigma sobre o estudo do comportamento e das ações humanas tem-se repercutido de modo bastante dominante, na medida em que, ensinar qualquer tema relacionado tanto com a Moral e/ou com o Direito não pode conceber-se desprestigiando-se as contendas relativas às implicações filosóficas do naturalismo desde uma perspectiva interdisciplinar.

Esta é também a era da ciência evolucionista na qual se logra alcançar o apogeu do conhecimento sobre o funcionamento integrado dos vários elementos e componentes do comportamento humano, compreendendo a sua evolução e o valor da própria evidência empírica.

Na senda deste hodierno paradigma científico adota-se o que Arnhart já havia afirmado antes: “Eu rejeito o relativismo cultural, que afirma que a ética é uma invenção puramente cultural

⁴¹ FERNANDEZ, Atualpa e FERNANDEZ, Marly, “Direito, Moral e Modelos evolucionistas”, in *Revista Âmbito Jurídico*, Âmbito Jurídico Comércio e Serviços de Informação Ltda, Rio Grande - Brasil, XIII, n.º 80, set 2010, in <http://www.ambito-juridico.com.br>.

⁴² *Apud Ibidem*.

⁴³ *Apud Ibidem*.

que varia arbitrariamente de uma cultura para outra, porque enquanto eu reconheço a importância do aprendizado social e os costumes no desenvolvimento moral, eu acredito que os desejos humanos naturais são universais e desta forma limitam a variabilidade das práticas culturais. Eu rejeito o relativismo historicista, que afirma que a ética é puramente uma invenção histórica que varia radicalmente de uma época histórica para outra, porque enquanto eu reconheço a importância das tradições históricas, eu acredito que os desejos humanos naturais constituem uma base imutável através da história humana. Eu rejeito o relativismo cético e solipsista, que afirma que não há padrões de julgamento ético, além dos impulsos de indivíduos únicos, porque enquanto eu reconheço a importância da diversidade individual, eu acredito que haja regularidade nos desejos humanos que manifestam uma natureza humana típica da espécie humana. Eu também rejeito o dogmatismo racionalista, que afirma que a ética repousa em imperativos lógicos da pura razão, porque enquanto eu reconheço a importância da razão humana em julgar quão melhor satisfazer seus desejos, eu acredito que o fundamento dos motivos da ética não é a lógica da razão abstrata, mas a satisfação de desejos naturais. E eu rejeito o dogmatismo religioso, que afirma que a ética somente pode ser fundada em leis transcendentais de um poder divino, porque enquanto eu reconheço que a ética religiosa pode reforçar a ética natural, eu acredito que a ética como fundada nos desejos naturais existe independentemente de qualquer poder divino”⁴⁴.

O Homem, assim dotado de toda uma predisposição inata, inerente à sua própria arquitetura cognitiva, é perfeitamente capaz de construir o seu aprendizado, assim como é apto a manipular as suas capacidades sociais, uma vez que também estas têm correlato no seu encéfalo, e estas são as características que melhor podem ilustrar as origens do comportamento moral do ser humano. Com efeito, diga-se por último, que, a Moral/Ética, a Justiça e o Direito apenas adquirem o seu substrato de seguro nesta humana estrutura cognitiva, herança genética desenvolvida culturalmente.

De acordo com esta ordem de ideias, dúvidas não podem, pois, restar quanto ao facto de a própria ordem jurídica, assim como o próprio sentimento de justiça brotarem da natureza humana, ou como referem Athus Fernandez e Atahualpa Fernandez “da sua faculdade de antecipar as consequências das acções, de fazer juízos de valor e de eleger entre linhas de acção alternativas”⁴⁵. Estes códigos normativos não são algo que se imponha ao Homem pela cultura, mas pelo contrário, pela condição humana da própria cultura, na exata medida em que a cultura

⁴⁴ FERNANDEZ, Athus e FERNANDEZ, Atahualpa, “Interpretação jurídica: razão e emoção”, in Revista *Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 3 de outubro de 2008, in <http://jusvi.com>.

⁴⁵ *Apud Ibidem*.

não é fruto também de hábitos arbitrários, mas antes produto das intenções, emoções e intuições morais humanas.

Agora, mais questões aqui posso levantar, tais como: até onde podem chegar os estudos e as investigações sobre o cérebro e a mente do Homem no que concerne à produção nos mesmos do sentido de justiça? Chegará o Homem a um tal degrau de evolução que permita mecanizar o cérebro humano de forma a produzir em todos os homens um só e unânime sentido de Justiça, uma só Moral, uma só Política e um só Direito?

Não se apresentam respostas para tais questões, muito embora se deixe neste espaço de reflexão uma infeliz certeza de que, pelo menos, essa caixa de pandora também será, de certo, aberta um dia. Todavia, também não é para este tipo de questões que pretendo canalizar a atenção deste trabalho de análise e de reflexão. O tempo para a indagação sobre tais questões está, certamente, para chegar.

A tese defendida por estes dois autores, que, ao longo deste subcapítulo, exaustivamente, têm sido citados, é autêntica, uma vez que se encontra estruturada com base numa concepção “naturalista ou darwinista” da evolução. Estes autores defendem uma moralidade amainada numa evolução histórica do Homem, da mesma maneira que nesta evolução sustentam a interligação possível entre Direito, Justiça e Moral. No fundo, todos estes predicados e suas respectivas materializações na esteira jurídica, dependem da gradativa evolução da natureza humana.

c) Limites da interpretação e autonomia do Interpretete

Permanecendo nesta mesma esteira de diligenciar no sentido de cuidar perceber e explorar os vários pressupostos presentes no processo de proferimento da sentença judicial e que informam o obreiro desse ato jurisdicional, este é o subcapítulo tributado à hermenêutica jurídica.

A fundamental pretensão deste ensejo é, mais uma vez, encontrar respostas para perguntas tais como: que ou quais os processos intuitivos ou emocionais que interferem com a actividade hermenêutica do Julgador sobre a conjuntura legal e fáctica para o litígio a sentenciar?

É sobre o texto vertido nas normas jurídicas que o intérprete fará recair a sua análise interpretativa, assim logrando descortinar o “espírito da lei”, ou seja, perceber cada uma das finalidades que subjazem à criação de cada norma jurídica.

A hermenêutica jurídica, tendo por objeto privilegiado do Direito a norma jurídica, lei positiva, compõe-se de vários métodos de interpretação, os quais gradativamente se foram consagrando.

Tércio Sampaio F. Júnior, defendendo toda uma visão pragmática de interpretação, defende que “a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram”. Nessa mesma ordem de pensamento, para este autor, o sentido das normas é perfeitamente “domesticável”, pois decorre essencialmente de uma interpretação sobre a letra da lei eminentemente gramatical.

Sem prejuízo, porém, e salvo toda a admiração pelo evidente utilitarismo desta tese, não posso conceber que a mesma se encontre perfeitamente munida de verdade e realismo. Se assim fosse, se “a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas”⁴⁶ fosse suficiente para se alcançar o correto significado das normas jurídicas, por certo que se extinguiria toda e qualquer interpretação jurídica, por desnecessária. Esta é uma presunção que se considera demasiado simplista para a complexidade desta questão da hermenêutica jurídica, muito embora o próprio autor reconheça que a interpretação literal das normas jurídicas não se encerre em si mesma, constituindo-se apenas como um ponto de partida, não esgotando, assim, a hermenêutica jurídica, que vai bem mais além da interpretação da letra da lei, discutindo e procurando sempre alcançar qual o reduto último das normas jurídicas, isto é, o seu objetivo.

⁴⁶ FERRAZ, Sampaio F. Tércio, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo (SP), Editora Atlas S.A., 2003.

Na verdade, o que necessariamente se verifica quanto à interpretação jurídica dos textos das normas jurídicas, sem jamais se olvidar a exigência de não contradição das normas com o seu próprio ordenamento jurídico, é uma de duas situações dicotômicas: ou o significado da linguagem utilizado naquela norma jurídica não coincide com o que comumente lhe seria atribuído, ou dessa interpretação resulta uma coincidência de sentidos, tornando-se numa interpretação ambígua.

Impende, por isto, sobre o intérprete todo um trabalho de interação e manipulação deste objeto, isto é, o texto da norma jurídica. Nessa empreitada, o intérprete não só deixa influir a sua percepção e os conhecimentos pré-adquiridos sobre o próprio Direito, como também, e não menos importante, deixa influir no seu labor a posição que ocupa, face ao contexto no qual brota a necessidade de interpretação da norma jurídica. Neste contexto, há forçosamente uma interpretação condicionada pelas particulares circunstâncias do intérprete face à norma jurídica, numa demanda norteadas à prossecução dos seus interesses. Desta feita, não resta qualquer outra posição para o produto deste trabalho do intérprete, que não a eventual possibilidade de ser enquadrado no conjunto das possíveis respostas para aquele processo interpretativo.

Com cada vez mais frequência se encara uma multiplicidade de leis, no ensejo legislativo de albergar e disciplinar várias matérias suscitadas na própria ordem jurídica. Desse ensejo, negativamente, por vezes, resultam normas jurídicas duvidosas na sua articulação entre si e em si mesmas, o que despoleta um cada vez mais rigoroso esforço de interpretação, sobretudo em termos de interpretação judicial. Nesta categoria interpretativa, o Juiz figura como o principal e mais importante exegeta de Direito, já que, em última análise, como é, ademais, bem sabido, é a ele que compete decidir, pelo recurso a esse mesmo trabalho exegético do Direito, os litígios trazido à sua jurisdição.

No que respeita a este ofício interventivo do Juiz coloca-se ainda hoje uma séria controvérsia e que tem a ver com uma certa tradição de “desconfiança” herdada pelo nosso sistema jurídico do sistema jurídico francês. A amplitude deste papel reservado ao Juiz coloca em confronto duas correntes doutrinárias: os judicialistas e os normativistas. Os primeiros advogam que é preferível que ao Juiz seja conferida, na execução da sua função de julgar e sentenciar, uma maior discricionariedade na aplicação do Direito aos casos concretos, a fim de que a finalidade normativa pretendida se aproxime mais dos cidadãos e, desta maneira, melhor se consiga patentear a resolução dos seus próprios conflitos de interesse. Por sua vez, os normativistas, optando por uma tese assente numa maior segurança jurídica, evidenciam a necessidade de se

subjugar a atuação dos Juízes aos limites das normas jurídicas, assim procurando primar por uma maior probabilidade de sindicância dos verdadeiros responsáveis pelas contendas.

Não pretendo aqui optar quer por uma visão estritamente judicialista, quer normativista, porquanto ambas se manifestam redutoras no que concerne à atividade jurisdicional. Parece-me vislumbrar-se como uma solução mais viável a poção resultante da confluência destas duas teses. Em uníssono, os seus ecos poderão pronunciar-se mais alto; todavia, em separado, sempre faltará à tese normativista o tempero necessário da discricionariedade dos judicialistas para moderar a rigidez que procuram imputar a um Juiz de Direito, a fim de que o mesmo produza um só resultado, nos mesmo moldes que, por norma, seguindo o mesmo método, apenas as máquinas robotizadas conseguem atingir. Por outro lado, o termo discricionariedade (tal como, *supra* já se encontra referido) é um vocábulo que reivindica um certo respeito e toda uma análise coerente; não se trata de um significado fácil de manusear, na medida em que comporta em si mesmo uma vasta amplitude semântica, na qual o intérprete tem “por direito” uma enorme margem de atuação. O ideal parece ser balizar esse horizonte longínquo da discricionariedade nos limites consideráveis da normatividade.

De resto, dúvidas não podem restar quanto ao veredito de que o Juiz se assume na esteira do Direito como o principal mediador entre o sistema jurídico, as normas jurídicas e a sociedade, quando produz decisões, ordens, comandos e também doutrinas, nas quais imprime as suas razões, interpretando detidamente factos e textos.

Nesta questão da interpretação, ou melhor dizendo, nesta temática dos limites da interpretação e autonomia do intérprete no que concerne à demanda judicial, teme-se que não haja lugar à explanação das grandes correntes e opções subjectivistas e objetivistas, nas quais se salientaram renomados autores, como Windscheid, Bierling, no seio das primeiras, e ainda Kohler, Binding e Wach, no seio das segundas. A inelutável tarefa que pretendo com este trabalho de análise não enseja oferecer algo de novo a tudo quanto de maravilhoso já fora presenteado por tais autores, nem, muito menos, disputar protagonismo com tais eloquentes teses sobre hermenêutica jurídica.

Assim sendo, e porque seguidamente se apresentará uma visão mais “humanizada” deste tema, interessa presentemente explorar apenas os tópicos interpretativos ou os pontos de referência que ajudam o intérprete a chegar a bom porto. Esses tópicos fundamentais resumem-se a três grandes grupos, a saber: o dos atinentes à linguística e à semântica do texto, os da análise

de factores externos à norma, englobando os referentes espaciais e temporais, e por último, os respeitantes à racionalidade interna da própria norma

Estes tópicos, tendo por base a finalidade que neste campo se impõe, assumirão os limites à autonomia da interpretação jurídica do intérprete.

i. **Texto:**

De acordo com o estipulado no artigo 9.º do Código Civil Português, o ponto de partida, e também de chegada, do intérprete do Direito, é o próprio texto das normas jurídicas. Cabe ao exegeta esmiuçar a letra da Lei, sem, jamais, e por imposição legal do artigo enunciado, sobrepujar o pensamento legislativo que subjaz àquela norma em concreto, impedindo o intérprete de alcançar e defender toda e qualquer conceção interpretativa que não apresente um mínimo de correspondência jurídica e verbal com a letra da Lei⁴⁷.

Cumprido, deste modo, afirmar que, não obstante todos os escolhos resultantes da utilização de uma linguagem geral, atentas, naturalmente, todas as especificidades da linguagem jurídica, no Direito, os baluartes da hermenêutica jurídica estão delineados no texto das leis, o que torna evidentemente difícil a interpretação jurídica, sobretudo para o Juiz.

Há todo um jogo polissémico e ambíguo neste trabalho hermenêutico. Todavia, é impossível interpretar o Direito positivado transpondo esta barreira da linguagem, na medida em que, refira-se uma vez mais, o Direito é, essencialmente, mas não só, texto, é letra da lei, sendo certo, no entanto, que o Direito também não é só Lei.

ii. **Contexto:**

Para além da texto da lei, e repita-se que o Direito é mais que texto da lei, há toda uma conjuntura envolvente que serve de substrato à emanação das normas jurídicas. Antes de mais, há sempre um ambiente histórico que deve ser entendido pelo intérprete, a fim de perceber qual a génese daquela norma jurídica em concreto e qual o sentido que a mesma tem no ordenamento jurídico. Enfim, há toda uma envolvência em torno de cada norma jurídica que convém ser apreendida pelo intérprete, daí, muitas vezes a importância conferida aos Projetos de Lei e demais trabalhos preparatórios das normas jurídicas que revelam toda a sua identidade histórica, social e legislativa.

⁴⁷ Artigo 9.º do Código Civil Português, Coimbra, Almedina, 2005, p. 13.

Paralelamente a este elemento histórico das normas jurídicas surge ainda o elemento sistemático das mesmas. Por elemento sistemático entende-se o contexto jurídico em que cada norma se insere, sendo certo que a Lei decorre de um sistema jurídico organizado e homogêneo, informado por princípios fundamentais que se assumem, simultaneamente, como seus meios e fins. Cabe, por isso, ao intérprete levar a cabo uma interpretação de determinada norma jurídica tendo bem em conta o sistema jurídico em geral no qual ela se insere. Este elemento prende-se, concretamente, com a análise que também deve ser realizada sobre o sistema jurídico de cada norma, uma vez que, só inserida no seu todo se poderá extrair o efectivo sentido daquela norma jurídica.

iii. Intertexto:

Por último, resta deslindar o intertexto, tópico ainda correlativo às normas jurídicas e que se refere ao conteúdo implícito na norma. Diga-se que o intertexto é a atividade de ler nas entrelinhas da norma jurídica, da qual se extrai todo o contexto axiológico que germinou aquela norma, ou melhor dizendo, todos os interesses motivadores da criação daquela norma ou normas jurídicas. Neste tópico tem lugar, essencialmente, uma interpretação teleológica.

Neste âmbito, o intérprete atua com maior agilidade no exercício interpretativo, pois vai descobrindo a *ratio legis* das normas através da conjugação deste último limite interpretativo com a interpretação literal advinda do próprio texto da norma jurídica. Na verdade, o que se alcança no intertexto da norma é a teleologia que subjaz à Lei, sem a qual não é possível alcançar a verdadeira essência e razão de ser da mesma.

Isto visto, apurados estes limites jurídico-hermenêuticos, enquanto barreiras definidas pelo Direito e intransponíveis pelo intérprete, afigura-se como verdadeiramente legítima a questão de saber para que caminhos de verdade jurídica são guiados e orientados os intérpretes do Direito, com especial atenção para o Juiz de Direito.

Como não foi difícil salientar nos parágrafos *supra*, toda a interpretação jurídica é adornada por uma imensa extensão valorativa, axiológico-normativa, que é, por sua vez, naturalmente, esclarecida por referências ético-jurídicas. Normalmente, esta conjugação de fatores apenas conduza uma coincidência entre a letra da lei e o espírito da norma jurídica. No entanto, o que caberá ao intérprete, mais concretamente ao Juiz, fazer e que direção tomar, quando resulta do seu processo interpretativo uma evidente discordância entre a letra da lei e o espírito da norma jurídica com os princípios fundamentais do sistema jurídico? Esta é uma questão muito complexa

que se coloca nas mãos do Julgador. Isto é, o que será mais imperativo: os desmandos do Legislador ou uma interpretação que, negando tais desmandos por injustos, se traduza no proferimento de uma sentença jurídica mais arreigada e considerada mais justa aos olhos do Julgador? E que legitimidade ou qual o carácter de Justiça que assiste a tal decisão jurídica? Melhor dizendo, qual a veracidade ético-jurídica de tal decisão? Aí está todo um conspecto de problemas, de interrogações, para as quais, creio, ainda não existem respostas definidas.

Dada a complexidade que envolvem, movimentando-se nos meandros do justo e do injusto, do bem e do mal, numa ética pura, talvez não seja sequer possível nem até viável apresentar respostas para tais indagações. Todavia, este é o panorama diário das querelas que o Julgador enfrenta: emanar uma decisão justa legalmente, apenas fundada na Lei, ou uma decisão justa humanamente/ eticamente, mesmo sob pena de aniquilar o trabalho operado pelo Legislador? E que valor terá essa decisão?

O problema das decisões injustas do ponto de vista ético-moral é sempre passível de despertar sensações e sentimentos de tristeza e de revolta do “injustiçado”, assim como também várias observações e opiniões críticas abonadas pelos mesmos sentimentos. Porém, é inegável que tal caminho é mais seguro para o intérprete Julgador, na medida em que, provavelmente, em termos de consciência, sentir-se-á mais aliviado e confortado, porque sempre terá a “escudo” do que vem dito na Lei e como tal não deve ser mais questionado. Mas é esta a justiça social que se pretende?

Por outro lado, e se o intérprete Julgador optasse pela decisão que num determinado caso concreto considera mais justa ética e moralmente, também não se estaria a criar um sistema de Direito arbitrário? O ideal parece sempre ser o alcance de um meio-termo entre estes dois caminhos; mas, como se definirá quantitativamente e em termos práticos esse meio-termo?

Está aqui, e apenas fruto de uma reflexão totalmente espontânea e realizada sobre toda a imagem concebida e palpável do contexto jurídico nacional hodierno, inadvertidamente, aberta uma “caixa de pandora”.

Muito provavelmente, em tempos idos, estas questões tão profundas não se colocavam. Todavia, hoje fazem todo o sentido, tendo por base o Estado de Direito Democrático, cujas barreiras ético-jurídicas não podem ser franqueadas nem pelo Legislador, nem pelo intérprete Julgador, razão pela qual esta deve ser a base da consciência de qualquer intérprete no momento em que o mesmo realiza a sua ação interpretativa sobre a norma, para assim ser possível salvaguardar situações de iniquidades e insolências jurisdicionais.

Como também refere Larenz: “para alguns juízes é óbvia a tentação de deixar de lado, devido a esta meta [o ponderado equilíbrio de interesses das partes], o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei, e tomar a decisão imediatamente a partir do seu “pronunciamento” judicial, do seu sentimento de justiça agudizado pelas experiências da sua actividade judicial, da sua própria compreensão do que é “justo” e “equitativo”⁴⁸.

Por outro lado, será de todo íntegra a adoção de critérios interpretativos com base no justo e equo para a produção de sentenças para cada caso concreto? De acordo com este autor, tal conduta não se reveste de dignidade suficiente para ser entendida e aplicada com toda a legitimidade; no entanto, este autor, diferentemente de muitos outros, não despreza, e pelo contrário, acautela a importância da circunspeção do resultado da interpretação/ aplicação do Direito face à justiça do caso concreto.

No mesmo sentido e bem mais perto de nós, o autor Barbosa de Melo entende e afirma o seguinte: “a ponderação das consequências constituiu ainda um momento de argumentação jurídica pelo menos para todos quantos entendem – e são muitos – que a inferência jurídica não pode ficar alheia aos efeitos práticos da solução inferida”⁴⁹.

De evidenciar, por último, que também Friedrich Muller⁵⁰ se posiciona no sentido afirmativo pela atribuição de uma maior amplitude da função interpretativa, pois considera que interpretar a norma é também consubstancia-la, porquanto a norma não se resume ao texto da lei, necessitando, para existir com força jurídica, da realidade social em que se insere e na qual é determinante e determinada.

Ora, ao longo deste subcapítulo foram lançadas para a mesa de reflexão várias questões complexas, cuja resolução é difícil de divisar, tais como: será admissível legar ao Juiz, na sua atividade interpretativa, tendo em vista o proferimento de uma sentença, uma certa margem de independência para ajuizar o sentido e o alcance dos enunciados normativos? E, bem assim, qual a medida certa e adequada, dentro dos parâmetros da admissibilidade, para esse profundo exercício exegético no processo de tomada de decisões jurídicas em concreto? Todavia, todas estas indagações, que, muito provavelmente, pairam também sobre o pensamento de outros autores do Direito, e não só aqui, neste trabalho de pesquisa, talvez não possam, deveras, obter as suas respostas, ou parte delas, mesmo que de uma forma um tanto ou quanto incompleta, apenas e só

⁴⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., Lisboa, 1991.

⁴⁹ *Apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 389, p.547, *apud*, Acórdão do S.T.J. DR n.º 157 de 10-7-1999.

⁵⁰ MÜLLER, Gerhard Friedrich, *Discours de la method juridique*, trad. Francesa de Olivier Jouanjan, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

à luz do Direito; há outras explicações de cariz científico que vindos de outras áreas do saber, tais como a Biologia, podem conferir respostas.

Em princípio não é possível obter o melhor de dois ou mais mundos e, por isso, encontrar todas as soluções perfeitas para estas questões, agradando a gregos e a troianos, é pura utopia. Contudo, sempre será mais fácil entender as mesmas questões e as dificuldades que lhes são iminentes, se se puder conhecer os diferentes pontos de vista, as reflexões e as respostas aproximadas das diferentes áreas do saber.

Quanto a este concreto aspeto interpretativo, quais são, por exemplo, os limites impostos á autonomia do intérprete em termos biológicos e neuronais? Isto é, pegando nas palavras dispostas sob a forma de interrogações de Athus Fernandez e Atahualpa Fernandez, no seu artigo intitulado *Interpretação jurídica: razão e emoção*, “não valerá a pena raciocinar sobre esses fenômenos, sobre essa intuição tão humana de que se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede exclusivamente do sistema (ou da norma), ainda que resulte compatível com ele, é porque deve proceder das convicções pessoais de quem decide? Até que ponto intervém o puro instinto (preenchido de sentimentos e originado e processado por meio das estruturas modulares cerebrais do operador do direito) em nossas decisões? O que se esconde por detrás de nossas valorações ético-jurídicas, mais além da reflexão e do raciocínio? Que processos instintivos, intuitivos e/ou emocionais intervêm na tarefa hermenêutica de compreender, interpretar e aplicar uma norma jurídica?”

De acordo com uma perspectiva científica de toda e qualquer atividade interpretativa, operada por qualquer ser humano, toda e qualquer interpretação, em termos gerais, seja ou não realizada sobre um texto legislativo, ou qualquer conduta relacionada com o próprio processo interpretativo tendo em vista a tomada de uma decisão, surge da atividade eletroquímica das redes-neuronais do cérebro. Ao que parece, na verdade, a própria experiência de optar por uma decisão num conjunto de várias e possíveis decisões para uma dada situação em concreto, resulta sob a forma de consequência de toda uma atividade fisiológica do cérebro. Ou seja, a decisão emanada é a exteriorização do produto obtido pela confluência de sistemas cognitivos e emocionais que ocorrem no cérebro. Curiosamente, este processo cognitivo, tal como hoje é estudado e compreendido, é fruto de um global processo de modelagem genética ocorrido ao longo do decurso da própria evolução histórica da espécie humana e preparado para pensar de acordo com certos trâmites pré-concebidos e por forma a selecionar as soluções mais satisfatórias, tendo em conta as possíveis consequências resultantes dessas mesmas opções. A forma de pensar

humana foi evoluindo consoante a própria maneira de pensar e agir e os valores implementados na sociedade; na verdade, da mesma forma que o Homem foi evoluindo fisionomicamente para se melhor adequar ao meio ambiente, em termos neuronais, o processo de modelagem foi idêntico: houve uma evolução de acordo com as necessidades sociais e axiológicas ao longo das épocas históricas.

Com base nesta intelecção e segundo os autores Athus Fernandez e Atahualpa Fernandez “o juízo ético-jurídico baseado em raciocínios, mas também em emoções e sentimentos morais produzidos pelo cérebro, não pode ser considerado como totalmente independente da constituição e do funcionamento desse órgão que parece não dispor de uma sede única e diferenciada relacionada com a cognição moral. A realidade da tarefa do operador do direito ético-cerebral tem, em seus sistemas avaliativo-afetivos neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações e estratégias, um “dever-ser” que incorpora internamente os motivos racionais e emocionais, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático, teórico e normativo de todo processo de realização do direito”⁵¹.

Depois deste esclarecimento, não é possível conceber o processo interpretativo, desde a interpretação em si mesma, a justificação e a aplicação das normas, sem reconhecer que no mesmo influem aspetos necessariamente pessoais do autor da interpretação e que revelam sempre a atuação do seu livre arbítrio, ou melhor dizendo, a margem de autonomia no âmbito da qual o intérprete se movimenta para atingir o seu objectivo prático.

A própria constituição da norma jurídica que é estruturalmente composta por uma previsão e uma estatuição geral e abstrata, unidas pela própria “causalidade jurídica”, é motivadora desta interpretação assim desenhada. É no percurso da realização do Direito, entre a interpretação e aplicação do Direito, tendo em vista o seu emprego na prática, que se cria o espaço para a intervenção dos elementos não lógicos, valorativos e algorítmicos (emocionais) e que não só condicionam a autonomia do intérprete, como também interferem na interpretação de uma vontade estranha, neste caso do Legislador.

Certo é, também, que esta abertura à preponderância de fatores não lógico-jurídicos no procedimento de interpretação jurídica, fica a dever-se à própria moldura de contornos pouco definidos de que se reveste todo o Direito e sua linguagem. A norma jurídica, enquanto mero rascunho a partir do qual se podem desencantar as decisões dos casos concretos, afigura-se ao

⁵¹ *Apud* FERNANDEZ, Athus e FERNANDEZ, Atahualpa, “Interpretação jurídica: razão e emoção”, in Revista *Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 3 de outubro de 2008, in <http://jusvi.com>.

intérprete como uma estrutura organizada, mas aberta e indeterminada, totalmente diferente, e tal como *supra* já se deixou bem plasmado, da linguagem matemática, cuja determinação a torna inquestionável, bastando-se a si só.

Não obstante, e porque tudo tem a sua razão de ser, se o Direito fosse estruturado de uma forma tão rígida como o são os conceitos e fórmulas matemáticas, com certeza que não poderia ser aplicado à vida em sociedade. Assim, esta subjetividade que abona o edifício do Direito permite que o sujeito-intérprete, sobretudo o Juiz, ajuste o enunciado legal à especificidade do caso concreto.

A interpretação é, portanto, a fase que medeia entre o enunciado legal interpretativo e a decisão em concreto, deixando, assim de ser a exceção e passando a ser a regra através da qual se pode enxergar com transparência o enunciado das normas jurídicas. Desta feita, a interpretação jurídica deixa de ser encarada como uma forma de desmistificação apenas do texto das normas jurídicas, adquirindo antes o estatuto de método de realização concreta do Direito. Nestes exatos termos, estar-se-ia já em condições de asseverar que o intérprete, sobretudo o intérprete-Juiz, não é um mero contemplador e servidor da Lei; não é um passivo aplicador das normas jurídicas aos casos vertidos; o intérprete é antes alguém a quem incumbe transformar a norma jurídica que lhe precede na regra decisória, que lhe advém do processo interpretativo, no qual, no confronto entre toda a envolvência da norma jurídica e as especificidades do caso concreto, impregna a sua subjetividade, para assim, fornecer a decisão que melhor alberga as razões de cada uma destas componentes.

Todo o emaranhado de conceitos, princípios e normas, na sua grande maioria indeterminados e abertos, de que o Direito se compõe, deixam, propositadamente, margem de intervenção e espaço de atuação e são até algo apelativos dos elementos emocionais práticos dos operadores do Direito, tornando-os mais humanamente operativos e, por inerência, ético-sociais.

Não pretendo com isto perfilhar uma concepção radicalista, como a defendida por alguns juristas alemães quanto à “interpretação ilimitada da norma”. Não se pretende lograr uma teoria de arbitrariedade e ilimitação interpretativa, caindo num despotismo do intérprete.

O contagioso relativismo cultural e jurídico a que sempre precede toda uma evolução histórica não nega a existência de um núcleo duro ético-cultural, decorrente da natureza humana

nessa mesma unidade cultural, e que não só condiciona a medida de legitimidade e autoridade conferida ao Direito, como ainda direciona todo o sentido do discurso prático ético-jurídico⁵².

Portanto, a fim de que seja sempre evitado o abismo que o relativismo possa provocar entre o campo jurídico-normativo e a actividade permanente do intérprete, seja em função da justiça ou mesmo da segurança jurídica, a interpretação jurídica deve sempre obedecer, antes de tudo o mais, ao tempo e espaço em que se insere e, posteriormente, ao *ethos* social alicerçado nos pilares morais que constituem aquela sociedade; ao próprio sistema jurídico que, por si só, contextualiza a interpretação e a aplicação do Direito com base nas suas fontes normativas; e, por último, mas não menos importante, ao resquício de humanidade que escapa à regulamentação cultural e jurídica, mas que, particularmente guia, condiciona e impõe limites ao núcleo institucional e normativo gizado para regularizar os vínculos sociais.

Por tudo o que *supra* fica referido, sabe-se que é manifestamente imprescindível conceder ao Juiz (intérprete e aplicador da Lei) uma certa atitude autónoma no processo de interpretação jurídica, uma vez que, negando-lhe esta faculdade as suas soluções para os casos concretos serão necessariamente menos fecundas. É, precisamente, na própria interiorização de toda a mescla de códigos éticos, morais e jurídicos presentes numa determinada sociedade e no próprio processamento de toda essa informação que a conduta do intérprete-Juiz ganha fervor, certeza e condição social, por produtiva e constitutiva, também.

A hermenêutica jurídica é assim um jogo que decorre no espaço conferido ao vínculo e à liberdade, à rigidez e ao flexível, à lógica do provável e à lógica do razoável. Ou seja, toda uma zona no seio da qual é certamente possível encontrar um sem número de soluções para o mesmo caso concreto, embora nem todas se possam graduar como satisfatórias. Assim sendo, “e dado que não

⁵² Segundo Pinker (2002), “todo mundo tem uma teoria sobre a natureza humana. Todos temos de prever o comportamento dos demais, o qual significa que todos necessitamos umas teorias sobre o que é o que move às pessoas a adotar determinadas condutas. Uma teoria tácita da natureza humana – segundo a qual o comportamento é causado por pensamentos e emoções dos causantes da conduta- é insita ao modo como concebemos a pessoa. Damos corpo a esta teoria analisando nossa mente e supondo que nossos semelhantes são como nós, assim como observando o comportamento das pessoas e formulando generalizações. Ademais, também absorvemos outras idéias de nosso ambiente intelectual: da experiência dos expertos e da sabedoria convencional do momento. Nossa teoria sobre a natureza humana é a fonte de grande parte do que ocorre em nossa vida. A ela nos remetimos quando queremos convencer ou ameaçar, informar ou enganar. Aconselha-nos sobre como manter vivo nosso matrimônio, educar aos filhos e controlar nossa própria conduta. Seus supostos sobre a aprendizagem condicionam nossa política educativa; seus supostos sobre a motivação dirigem as políticas sobre economia, justiça e delinquência. É dado que delimita aquilo que as pessoas podem alcançar facilmente , aquilo que podem conseguir somente com sacrifício ou sofrimento, e aquilo que não podem obter de modo algum, afeta a nossos valores: aquilo pelo que pensamos que podemos lutar razoavelmente como indivíduos e como sociedade. As teorias opostas da natureza humana se entrelaçam em diferentes maneiras de viver e em diferentes sistemas políticos, e tem sido causa de grandes conflitos ao longo da história. Por exemplo, se tomo minha filha como uma pessoa “corrupta” e “caída”, incapaz de ter bons desejos e de se comportar de acordo com estes, seguramente serei um pai aberrantemente desconfiado, ferinamente vigilante e desnaturadamente repressor (e com este caráter desenharei as micronormas que regerão este tipo de relação familiar); ao contrário, se parto da premissa de que minha filha é capaz de eleger seus desejos, de aspirar por si mesma ao bem, de se automodelar e de se comportar segundo essa aspiração, seguramente serei um pai muito mais confiante, tolerante e infinitamente menos vigilante (e as micronormas que regerão essa relação terão um caráter de todo distinto das anteriores). Quando passamos de fatos específicos de indivíduos a generalizações acerca de grupos de indivíduos, a assunção de uma das premissas acima referidas passa a fazer uma abissal diferença quando do desenho do conjunto normativo que regulará as relações jurídicas (nas quais subjazem os vínculos sociais relacionais) entabuladas pelo homem no percurso de sua existência”. (Atahualpa Fernandez, 2007), *apud* Fernandez, Athus e Fernandez, Atahualpa, *Interpretação jurídica : razão e emoção*, in Revista *Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 3 de outubro de 2008, in <http://jusvi.com>.

existem certas demonstrativas nem verdades empíricas, somente a argumentação, entre as distintas hipóteses interpretativas possíveis, pode orientar no sentido de uma interpretação satisfatória e razoável, no sentido de eleições prudentes e responsáveis, guiadas por «boas razões», que sirvam às nossas intuições e emoções morais e à justiça e não as traicionem”⁵³.

Para além do mais, todo o Juiz que baseia as suas decisões somente nos trâmites fornecidos pela Lei, não deve sequer ser denominado de intérprete, pois julgar apenas com base no binómio Direito/Lei (norma jurídica), à boa maneira positivista, é ceder a uma equívoca análise do Direito/Lei, na qual reina a própria irracionalidade. Por outras palavras, atender apenas às questões formais impressas nas normas jurídicas tendo em vista emanar uma decisão é abnegar toda a ideia e essência do Direito, que é, por sua vez, e tal como se foi dizendo nos parágrafos *supra*, humana.

Há ainda um outro aspeto a ter em conta neste processo de interpretação e realização do Direito que se prende com a questão da responsabilidade do intérprete aplicador do Direito. Como é sabido, aos Juizes não se imputa responsabilidade pelas decisões que assumem, para assim se libertarem da pressão dos julgamentos, tornando-se, pelo contrário, réus dos mesmos; no entanto, cabe-lhes, no mínimo garantir que a decisão emanada se reveste de um mínimo admissível de coerência em relação ao sistema jurídico em que se insere. O sentido contido nas normas jurídicas apenas ganha força prática por meio do sujeito-intérprete, ou melhor dizendo, da dinâmica que ele imprime no processo interpretativo para cada novo caso prático. Nesse processo não só envolve o texto da norma, como também todos os dados extralinguísticos, já vistos, e ainda todos os princípios e valores que abonam o sistema jurídico. Há uma real reconstrução dos cenários jurídicos possíveis para cada caso concreto, na tentativa de apurar a solução mais coerente e com maior capacidade de consenso possível. É com base nesta mecânica que o Direito também se cria e se constrói sob a forma, na maior parte das vezes, de jurisprudência.

Por conseguinte, o paradigma positivista segundo o qual o intérprete é simples boca da Lei, atuando na cena jurisdicional como inteiramente neutral, imparcial, completamente objetivo e despersonalizado é totalmente irrealista. Todas as interpretações sobre o Direito se inspiram em vários pontos de vista e em interpretações havidas em experiências passadas e que vão servindo ao agente de contexto para novas interpretações. Toda a idiossincrasia e subjetividade do intérprete-Julgador estão presentes nas suas interpretações e nas decisões judiciais que profere.

⁵³ *Apud Ibidem.*

No mais, injusto seria partir para mais um campo de reflexão sem prestar tributo a Peter Häberle quando “afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e que interpretar um ato normativo nada mais é do que coloca-lo no tempo e contextualiza-lo no espaço, enfim, integrá-lo no mundo da vida vivida⁵⁴”.

E para finalizar este subcapítulo, de referir, uma vez mais, que no processo hermenêutico se depreende também a presença da personalidade do intérprete que, naturalmente, não fica apartada do exegeta no momento da interpretação, isto é, só porque estão perante um procedimento interpretativo, os intérpretes não vão deixar de ser homens imbuídos de toda a sua preocupação ética, de certos valores, preferências e intuições morais, o que origina uma real aproximação e convergência entre o mundo objetivo que se pretende no Direito e toda a subjetividade imanente ao Homem por que e para quem foi concebido o Direito. Portanto, este complexo processo de realização do Direito às mãos do intérprete traduz-se numa tarefa que pode ser construtiva, emocional, criativa, contudo não totalmente carecida de vínculos para o operador de Direito, e por isso mesmo, não absolutamente livre, ou seja, tendencialmente racional.

⁵⁴ *Apud Ibidem.*

d) Voluntarismo da decisão – reflexões filosóficas

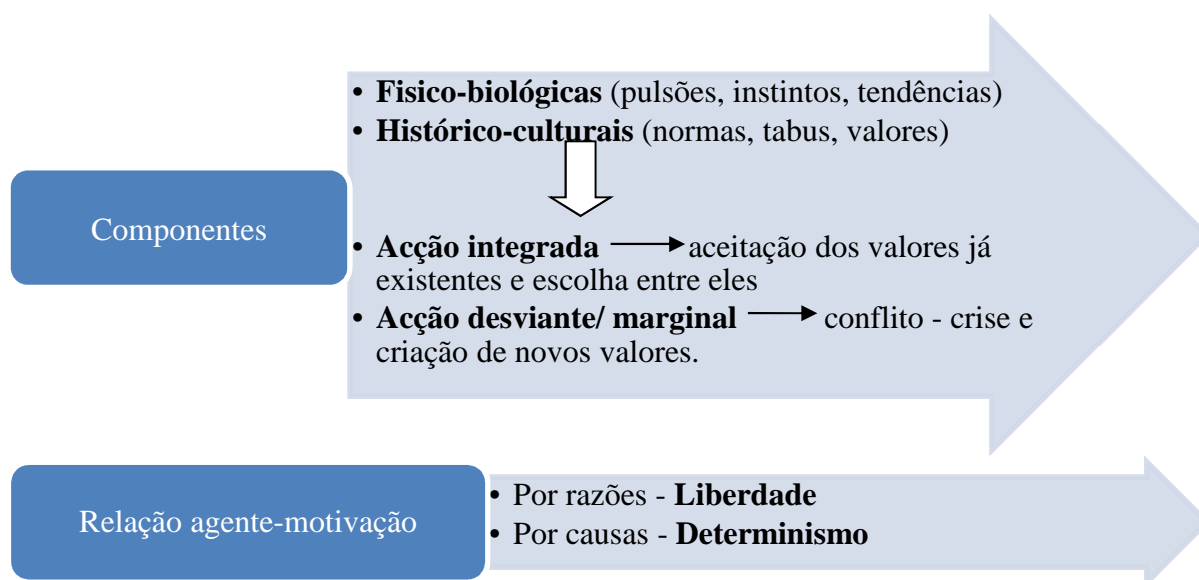
(...) Uma vontade, finita ou infinita, requer uma causa onde seja determinada a existir e a produzir algum efeito e assim não pode ser dita causa livre, mas apenas necessária ou forçada.”

Baruch Espinosa⁵⁵

Atracando agora neste porto, no qual e pretendendo um acolhimento no seio da própria filosofia da ação, com base em algumas reflexões filosóficas vai-se procurar meditar acerca do determinismo e voluntarismo que subjaz ao espírito do Julgador no momento do proferimento da decisão judicial, e ainda qual a sua relação com a verdade.

Com efeito, tendo em vista um adequado enquadramento desta temática para um mais acessível entendimento no seio da questão principal deste trabalho de especulação, esquematicamente se procurará projetar os traços gerais desta abordagem, isto é, da complexidade da ação, bem como da íntima conexão entre os conceitos chave deste assunto. Para tal, se adoptará um esquema já formulado e utilizado pelos teóricos da filosofia para ministrar o ensino da estrutura da acção.

COMPLEXIDADE DA ACÇÃO:



⁵⁵ Baruch Espinosa, *Ética, Parte III, Proposição II*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

Para uma melhor compreensão do esquema *supra* representado recorro ao pensamento do filósofo Paul Ricoeur, bem como às traves mestras que compõem a sua obra *O Discurso da Ação*. De acordo com este pensador, os conceitos chave da ação humana são a intenção, o motivo e o agente, sendo certo que o cerne da mesma se concentra na própria relação entre o agente e a motivação. Sem a combinação perfeita entre estes dois vetores não se produz a ação.

Todavia, todos os demais elementos da ação humana convergem para um só foco: o agente da ação. É o agente da ação que lhe imputa um sentido e a sua própria forma de ser, assim assumindo-se como a identidade à qual aquela ação se reporta.

Tal como afirma Ricoeur “o agente é uma espécie de causa da acção”, pelo que, como se verifica demonstrado no esquema *supra*, na preparação de uma qualquer ação, sempre influem componentes de dois níveis diferentes: a componente físico-biológica e a histórico-cultural, precedendo sempre a primeira à segunda. Porém, é a sociedade em que o agente está inserido que o molda ou, como refere Bergson, “é a sociedade que traça ao indivíduo o programa da sua existência”, e fá-lo pela imposição de hábitos valorativos (regras axiológicas) e, bem assim, de “interdições e leis que são utilizadas para separar as acções conformadas das inconformadas, as normais das anormais, as integradas das desviantes, isto é, estabelecer a divisória entre aqueles cujas acções não põem em risco a identidade social e por isso estão integrados daqueles que a sociedade considera perigosos, loucos e marginais”⁵⁶.

Ora, é sobre esta problemática assim descrita, mas também sobre a complexa relação entre agente e motivação, e que acaba por ser o busílis deste subcapítulo, que se debruça a filosofia da ação. Por outras palavras, perceber a ação em si mesma, estudar os problemas filosóficos colocados pela natureza da ação e explicar a ação humana, são as finalidades deste ramo da filosofia e que muito tem a acrescentar à própria filosofia do direito, na medida em que também o Direito se compõe de ações promovidas por vários agentes, os juristas, de entre os quais se destaca, sem dúvida, o Juiz, a quem compete um papel fulcral na cena jurídica.

E como age o Juiz? Quais são as componentes que informam a sua maneira de agir? Actuará o Juiz nos mesmos moldes que atua qualquer agente humano? Qual o peso e da responsabilidade social do Juiz na sua ação de julgar? E a liberdade do Juiz, que ónus terá no processo de sentenciar um caso concreto?

Incógnitas e mais incógnitas que se geram em torno da atividade de julgar, porque julgar as ações dos outros é realmente difícil, senão até um duro fardo de carregar e, depois, de explicar.

⁵⁶ BERGSON, Henri, *As duas fontes da moral e da religião*, trad. Miguel Serras Pereira, Coimbra, Almedina, 2005.

A ação de julgar uma concreta situação e a correlativa intervenção dos agentes identificadores, por vezes, aparenta uma facilidade excessiva, pelo que nem sempre sugere reflexão, sobretudo para os leigos do Direito. A mesma passividade já não se deverá manter diante dos olhares atentos dos jusfilósofos, que não se devem coibir de dissecar cada pensamento do Juiz.

Haverá liberdade na ação de julgar do Juiz? Na direção apontada pela própria filosofia da ação, uma vez que a ideia de racionalidade anda tradicionalmente aposta às ideias de liberdade e responsabilidade, com base na crença secular de que todo o Homem é dotado de razão - faculdade de que se mune para pensar, deliberar e refletir sobre as consequências da sua atuação no mundo -, há uma forte tendência para também se acreditar que o Homem é livre e, por consequência, é também responsável.

E quanto à liberdade e responsabilidade do Juiz? Será que estas existem na atividade do Juiz com o exato sentido que é imputado e reconhecido na ação humana?

Sê-lo-á, pelo menos em termos racionais, porque também o Juiz é um ser dotado de razão e não opera sem a mesma. Quanto à liberdade, também deveria ser livre para agir, para julgar, na mesma medida em que qualquer ser humano o é. Mas há dúvidas neste sentido. Ao que parece o Juiz só é livre na escolha dessa sua profissão, pois, no mais, a medida da liberdade da sua atividade de julgar é bastante condicionada por fatores que não se prendem apenas com as componentes físico-biológicas e histórico-sociais, muito embora, aqui jamais se negue que estas são as principais informadoras da ação de julgar. Mas não estarão sozinhas.

O Juiz quando julga não age de si para si próprio. Quando está a julgar está a elaborar juízos de valor sobre as ações de outros, pelo que o resultado do seu julgamento, a sentença, ditará as futuras ações dos julgados. Não se trata, pois, de atuar sozinho e *de per si*. Naturalmente que o volume da responsabilidade do Julgador na sua ação de julgar pode ser considerado muito superior ao de qualquer outro agente. Além do mais, julgar também implica fundamentalmente aplicar leis, regras normativas essas que são basilares a todo o sistema jurídico em que estão inseridas e que serve de universo à emanação da sentença jurídica.

É de todo inegável a viabilidade e oportunidade bastante neste ponto de reflexão de deixar arrolada uma série de palavras-chave que, num jogo dialético, interagem entre si, denotando-se umas às outras, assim como deixando transparecer a sua fraca autonomia num tratamento individualizado. Desta feita, tais étimos são: vontade, autonomia, liberdade, determinismo, responsabilidade e verdade.

Desta mesma rede conceptual da ação deverá ainda fazer parte o conceito de consciência, visto que só aquilo que é feito com consciência pode separar o fazer, simplesmente, do agir, que é bem mais complexo. Porém, sobre estes aspetos, outras mais considerações não serão aqui tecidas, porquanto, bem se sabe e entende o que significa o lugar da consciência a presidir à ação humana.

“O homem é um ser natural ou criado em natureza para se fazer em liberdade”⁵⁷. Partindo destas premissas, a ideia que transparece é a de que, na verdade, a liberdade do Homem, enquanto atributo do espírito, não se prende com a vontade do mesmo, na exacta medida em que, segundo ensina António Braz Teixeira, “é mera realidade psíquica”⁵⁸. Desta feita, contrariamente ao pensamento difundido pela filosofia germânica, “a liberdade não pode confundir-se ou identificar-se com a vontade, já que esta é mera condição ou meio de expressão, actuação ou projecção exterior da liberdade ou de certos aspectos ou formas de liberdade, do mesmo modo que esta não pode reduzir-se à possibilidade de escolha, de opção ou de decisão”⁵⁹. Por outras palavras, é característica fulcral do espírito a liberdade do mesmo, sendo que tal especificidade deve sempre entender-se à luz de dois vetores: a liberdade enquanto busca do conhecimento, sempre orientada para o alcance da verdade e a liberdade do agir e da escolha, norteadas pela Justiça e pela Ética, tendo sempre em vista uma decisão.⁶⁰

Um outro aspeto delicado desta dimensão da ação humana é o que tem a ver com o determinismo da ação e a sua relação ou não com aquilo que se costuma denominar livre-arbítrio. Com relação a estes conceitos é possível afirmar-se que há ações que são praticadas porque se deseja e, então, aí está presente o querer, a vontade e, por inerência, a liberdade de escolha e a respetiva responsabilidade de agir; contudo, há também ações que não se desejam. Este é também o ponto de tangência entre a própria metafísica e a filosofia, sendo certo que à primeira compete perceber se as pessoas são ou não livres e à segunda compete medir a liberdade dessas pessoas.

Mas voltando ao determinismo, de acordo com a tese que o define, nada no mundo acontece por acaso, antes se devendo ao natural encadeamento de acontecimentos que se unem

⁵⁷ COIMBRA, Leonardo, *A Rússia de hoje e o homem de sempre*, Porto, 1935, p. 28 *apud* TEIXEIRA, António Braz, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁹ *Ibidem*, *op. cit.* p. 66 a 67.

⁶⁰ Com base nisto, partilha-se aqui a mesma reflexão expressa por António Braz Teixeira: “Os valores, os princípios e os ideais têm em comum o não pertencerem ao domínio do ser ou da realidade, o serem algo não entitativo. Assim, o valor *vale* mas não é, do mesmo modo que o princípio é algo que de nada depende e que fundamenta ou garante os meios e os fins, enquanto o ideal é também algo imaterial e insubstante, contraposto ao domínio do real, que lhe dá sentido ou constitui o sentido que no real mora e ao homem cabe desocultar ou realizar no seu agir, na sua actividade ou no caminho do conhecimento ou do saber. É neste sentido que dizemos que a justiça ou a verdade são valores, princípios ou ideias”, *ibidem*, *op. cit.*, p. 67.

numa relação de dependência e que são regulados pelas leis da natureza, que por si só determinam e exigem o desenvolvimento das ações.

Ora se assim for, a ideia de liberdade de ação é pura ilusão, porque, ao que parece, tudo já está determinado e não há voluntarismo, ou se o há, não é real; é apenas aparência de que o homem domina a escolha sobre as suas ações.

Mas será mesmo assim? É que se assim for, deixa-se cair por terra tudo quanto foi dito *supra* e não haverá, jamais, qualquer tipo de responsabilidade a recair sobre os agentes, nem voluntarismo. Aceitar os ditames do determinismo é assumir uma posição confortável no mundo; é aceitar uma infinidade de situações naturalmente provocadas pela correspondência de causa e efeito que, por si só, já é determinada pela própria natureza dos acontecimentos. Desta forma, resta também e apenas pensar que a verdade que existe é igualmente talhada pelos fenómenos naturais e pouco haverá para se discutir quanto a esta.

Depois de apontadas estas ideias chave e frequentemente debatidas no estudo da Filosofia, talvez, agora, seja importante e interessante analisar estas questões partindo do ponto de vista da autonomia da vontade de I. Kant, alumida por uma dinâmica de contraposição e crítica da mesma.

Assim, atenta esta problemática do voluntarismo da decisão e a sua correspondência ou não com a verdade real, sobretudo no que concerne à decisão judicial, que lugar caberá, hoje, à moral Kantiana? Isto é, quanto ao sentido da autonomia da vontade motivada por Kant?

Este conceito de autonomia apresentado por Kant identifica-se com a vontade que, por sua vez, se identifica “com a legislação da liberdade”. Logo a autonomia não consiste unicamente na aceção mais imediata da independência face às inclinações sensíveis, mas igualmente na capacidade de um agir em conformidade com uma lei moral sem a mediação sedutora de esperanças categóricas e insensatas, que não tenham em consideração os limites da razão (*Vernunft*)⁶¹. Na verdade, trata-se, assim, em Kant de uma autonomia que, para além de denegar o contributo oferecido pelas inclinações do mundo sensível, rejeita também o dogmatismo da moral e também religioso. A autonomia da vontade em Kant depende da *razão pura* e, bem assim, é independente dos dados fornecidos pela experiência empírica.

O autor da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* alimenta ainda a ideia de uma autodeterminação convertida numa “autolegislação”, razão pela qual é também por ele proposta

⁶¹ MENESES, Ramiro Delio Borges de, “Sentido da autonomia em Kant: pelos fundamentos *a priori*”, Homenagem no bicentenário da morte do filósofo da “Aufklärung (1724-1804)”, in *Cadernos de Bioética*, Edição do Centro de Estudos de Bioética – Bioética entre o desejo e o interdito – Patentes – Ciências na Comunicação Social, Ano XII, n.º 35, Ago/Set de 2004, p. 99.

uma autonomia individual na condução das ações individuais⁶². Por outras palavras, “a lei moral não exprime outra coisa que não seja a – autonomia – da razão pura prática, isto é, da liberdade (*Freiheit*). Assim, será a “autonomia”, ela mesma, a condição formal de todas as máximas, a única com a qual ela se coloca de acordo com a lei prática suprema.”⁶³

A autonomia da vontade de Kant é entendida na perspectiva da bilateralidade da sua liberdade, isto é, a liberdade, por um lado, enquanto submissão da vontade humana (*Wille*) subjectiva à Lei (*Gesetz*), ora a liberdade submetida à moral objetiva da “razão pura prática” e ainda a consideração da vontade humana como autora da própria lei moral, assume-se, desta feita, como um infinito poder de autodeterminação do sujeito. Esta conceção de autonomia da vontade da ação é uma verdadeira revolução copernicana, na medida em que sujeita o ser humano a uma pragmática da ação que ele próprio constrói.

Ora, será esta pragmaticidade kantiana hoje viável? Poderá ser esta a base e o fundamento da autonomia da vontade que deve presidir ao voluntarismo e ao determinismo da acção de julgar, a fim de se alcançar uma verdade real e justa?

Antes de mais, refira-se que há demasiada perfeição na moral de Kant, o que a torna verdadeiramente utópica. “Repara-se que o filósofo chega a dizer que só sabemos que agimos moralmente bem quando agimos contra as nossas inclinações. Não se deverá perguntar se esta moral é uma moral para os homens?”⁶⁴

Aparentemente, sim. De qualquer forma, por certo que o Juiz não se poderia enquadrar nesta utopia kantiana, desde logo visto que o filósofo não acreditava numa possível afinidade entre a sensibilidade/ subjetividade e a razão. Todo este rigorismo racional kantiano oprime a autonomia e vontade que informam o Julgador no momento da sua decisão.

Em boa verdade, atenta toda a conjuntura socioeconómica e política e cultural e até axiológica, “hoje não é possível ser Kantiano”⁶⁵. Todavia, é de todo inegável que a sua tese sobre a moral e o supremo reconhecimento da dignidade humana que propagandeou, para além de serem referências eternas, se fossem concretamente possíveis, garantiriam ao Homem um lugar melhor no mundo e aos Juizes uma tarefa bastante mais facilitada⁶⁶.

⁶²Neste concreto aspeto, apenas de referir que, enquanto Kant propagava a ideia segundo a qual competia ao próprio indivíduo construir e orientar-se por uma lei própria, por seu lado, e numa perspectiva verdadeiramente divergente, Rousseau, defende que é no seio do próprio grupo social que deve surgir e implementar-se a lei de orientação coletiva.

⁶³ *Ibidem* MENESES, Ramiro Délio Borges de, “Sentido da autonomia em Kant: pelos fundamentos *a priori*”, Homenagem no bicentenário da morte do filósofo da “Aufklärung (1724-1804)”, in *Cadernos de Bioética*, Edição do Centro de Estudos de Bioética – Bioética entre o desejo e o interdito – Patentes – Ciências na Comunicação Social, Ano XII, n.º 35, Ago/Set de 2004, pag. 101.

⁶⁴ *Ibidem* BRITO, José Henrique Silveira de, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁵ *Ibidem*, BRITO, José Henrique Silveira de, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁶ Neste mesmo sentido, *ibidem*, BRITO, José Henrique Silveira de, *op. cit.*, p. 91.

Ora, já que a doutrina kantiana falhou nesta missão de explicar o substrato do voluntarismo da ação de julgar, que respostas oferecer às questões antes enunciadas? Não se vislumbram neste espaço respostas absolutas, mas apenas meras linhas de reflexão e tentativas de solução.

Assim, antes de mais, e à vista desarmada, esta ação de julgar aproxima-se mais da tese determinista, da sucessão dos acontecimentos em cadeia ditada pela própria lei da natureza, pelo que inexistente uma verdadeira liberdade de ação do agente na sua missão de julgar. E porque será? Desde logo, porque ao Juiz não é sequer permitido escolher os casos a julgar; por outro lado, não compete ao Juiz produzir as leis, nem edificar os princípios basilares do sistema jurídico no qual está inserido. E, por outro lado, este também não participou, de forma alguma, no encadeamento dos atos que despoletaram o litígio em si. Verifica-se, assim, completamente coartada a sua liberdade de ação.

No entanto, mesmo perante todo um cenário que lhe é alheio, é a ele que cabe escolher a sentença. Neste concreto aspeto, acredita-se que o Juiz dispõe de margem para atuar livremente. Senão, veja-se o seguinte:

- É com autonomia que o Juiz acolhe o relato e as provas dos fatos em sede de audiência de discussão e julgamento, sendo certo que o faz já munido da sua vontade de julgar, ou não tivesse este escolhido tal profissão;
- É também com autonomia que este interpreta os fatos apresentados e molda as suas inclinações e convicções acerca dos mesmos, por voluntariamente optar por atribuir mais valor e credibilidade a um determinado testemunho, do que a outro, por exemplo.

Por força do princípio da livre apreciação da prova o Juiz tem a faculdade de apreender o conteúdo da prova da forma que ele considerar mais adequada. Ora, só por aqui já subjaz a todo o processo judicativo encabeçado pelo Juiz um substrato de vontade e liberdade/ autonomia. Reporte-se, porém, que, esta autonomia tem sido apreciada de forma negativa, por atentar, em certa medida, contra o próprio sistema da prova legal, por inevitavelmente conduzir a uma medida indeterminada de arbitrariedade judicial.

Aproveitando a oportunidade de tangência sobre este tema salvaguarda-se a ideia que as teses orientadas para uma visão mais irracionalista deste mote – “as quais, negando a possibilidade de uma explicação racional do fenómeno jurídico, reconduzem a decisão judicial a um acto derivado da intuição ou de valoração em todo o caso sempre irredutivelmente

subjectivas”⁶⁷ - têm, inclusive, e face às críticas ostentadas por correntes doutrinárias opostas, isto é, essencialmente racionalistas, sugerido “a utilização de parâmetros de referência da lógica e da metodologia das ciências”⁶⁸.

Não obstante, é inevitável, por mais metodologia que se procure tipografar no processo judicativo-decisório, a presença do papel discricionário do Juiz na ação de julgar. Tanto mais que, se se pensar num Juiz de Direito do Trabalho, por exemplo, que assume frequentemente, no exercício da sua actividade, uma posição patronalista (ou seja, em defesa das entidades patronais), esta inclinação do Julgador estará sempre presente, embora de forma mais ou menos variável, no seu raciocínio jurídico, que é por natureza indutivo e probabilístico. E a mesma ilação se retirará perante um Juiz de Direito da Família que é sobretudo apologista, da atribuição do exercício das responsabilidades parentais à mãe da criança. Não será por mero acaso que constantemente se pronuncia a seguinte expressão nas conversas entre Advogados e clientes: “isto agora vai depender muito do entendimento do juiz”; “é para o lado que o Juiz estiver inclinado”, bem como expressões do mesmo género.

No mais, esta amplitude que respeita às inclinações e juízos indutivos dos Juízes já entronca, inevitavelmente, com o plano das ideias concernentes à responsabilidade do Juiz, porque são advenços da liberdade, da autonomia e da própria vontade do Juiz na sua tarefa de julgar.

Há, de facto, toda uma construção pessoal e profissional do Juiz que influencia a sua postura no momento de sentenciar e essa realidade pode colidir com a justa resolução do litígio; isto é, se por um lado pode contribuir para a resolução do litígio, por outro pode igualmente colidir com o mesmo.

E agora, de que forma é que isso colide ou não com a verdade?

Adaptando o conceito de verdade na sua essência à verdade jurídica verifica-se que sempre as inclinações motivadas por fatores externos à pura realidade dos factos e provas a considerar em litígio originam uma verdade jurídica aparente e não essencial.

Moralmente isto pode ser considerado como algo inaceitável, mas eticamente é algo existente e, necessariamente, controverso e contundente com a verdade real e jurídica, ao que se ousa não raras vezes dizer: “não se fez justiça”; ou pelo contrário: “a justiça foi feita”.

É, no entanto, isto que se procurará explanar no subcapítulo que sucede com mais esmero e aprofundamento.

⁶⁷ *Apud* CARVALHO, Maria Clara Calheiros de, “A base argumentativa na decisão judicial”, p. 74. Segundo afirma autora este irracionalismo está ligado historicamente à Escola de Direito Livre e à jurisprudência sociológica. Este ensinamento encontra-se também plasmado *in* TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Espanola, editorial Trotta, 2002, p. 30.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 74.

e) A verdade e a certeza jurídicas no Direito Processual

Convém, antes de mais, perceber este conceito de verdade e a sua essência. Por verdade entende-se, em traços muito gerais, aquilo que torna verdadeiro algo, sendo que o verdadeiro significa efetivo e/ou autêntico e conforme à verdade, completamente diferente daquilo que é a aparência das coisas. Ora, ser verdadeiro e verdade é o mesmo que assentir num duplo sentido: primeiro, a consonância de uma coisa com o que previamente se pensa sobre ela; e segundo, a concordância do que é referido no enunciado com a coisa em si. No fundo, este duplo sentido consubstancia a essência da verdade: *veritas est adaequatio rei et intellectus*. Isto traduz-se no seguinte: a verdade é o assemelhar da coisa ao conhecimento do mesmo.

Ora, no Direito, o processo é o instrumento da jurisdição que visa, primordialmente, promover o possível alcance da verdade e, por conseguinte, a almejada Justiça. Sucede contudo que, o apuramento dessa verdade real e perfeita nem sempre é passível de verificação, visto que o Direito lida não com certezas e verdades apodíticas, mas antes com exteriorizações subjetivas de verdade, o que dá naturalmente origem a erros judiciais que, por sua vez, condicionam o próprio equilíbrio, a celeridade e a segurança do processo, assim como a expressão de Justiça na sentença.

Ao processo jurídico reserva-se a atividade de investigação e a mais próxima reconstrução fidedigna dos factos físicos ocorridos, situação fáctica sobre a qual o Juiz aplicará as já previstas e respetivas regras jurídicas.

Nos tempos que correm a análise que se realiza sobre o resultado colhido da indagação processual da verdade é mais realista e menos utópico, pois a verdade em si já há muito que deixou de ser um dogma. E, apesar da verdade não ser o intento único do processo jurídico, a sua descoberta, ainda que aproximada, é o passo mais importante para a emanação da decisão judicial, ou por outras palavras, para a concreta aferição da existência ou não do Direito e a aplicação da sua vontade legislada. O facto é que a verdade sempre se assume como o centro do conhecimento e o fundamento último do direito processual.

Sucede contudo que, - tal como já foi aferido no subcapítulo que antecede - nem sempre é possível ao Juiz realizar uma interpretação e inerente aplicação da Lei ao caso concreto, uma vez que no campo do Direito não é possível jogar-se com verdades evidentes, sendo, por isso, que o único campo de atuação do Juiz é o do verosímil.

De duas verdades apenas se mune o Juiz, a saber: a da inacessibilidade da verdade essencial e a de que o único caminho viável para alcançar a Justiça é o da verdade. Ou seja, o Juiz move-se, na sua importante tarefa de julgar, entre a utopia e a realidade, sendo que somente encontra a sua realização profissional ao longo do caminho que se revelar, em cada caso concreto, o mais perto do ponto de tangência entre estes dois vetores axiológicos. E a desmitificação desta intrincada rede ensaia-se com a própria tentativa de reconstrução dos factos ocorridos, uma vez que, só neste processo diversos aspetos subjetivos vão surgir, não só carreados para o processo pelos relatores dos mesmos, como também pela valoração que sobre os mesmos recairá por parte do Juiz. Há, assim, toda uma aparência sobre o real conteúdo dos acontecimentos e é com base nessa distorção da realidade fáctica que o Juiz proferirá a sua sentença.

“Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência verdadeira do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento desta descoberta às formas legais não o permitem. O juiz é um ser divino, mas ainda assim tem, como objetivo de sua pesquisa, a verdade objetiva – verdade esta que lhe é, assim como a todos os demais, intangível. Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade pela controvérsia das partes – onde cada qual entende estar com a “verdadeira” verdade e, portanto, com a razão. O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, consequentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada”⁶⁹.

É neste exato momento que ganha espaço o risco do erro judiciário que, por sua vez, é decorrente dos precários meios judiciais para a descoberta da verdade judicial. Que muito embora este se assuma como uma situação justificável, face à evidente impossibilidade de alcançar a verdade real, pode apresentar-se de forma bastante ofensiva para o próprio sistema, à segurança e à certeza jurídicas que ao Estado compete assegurar.

A certeza jurídica é outro preceito jurídico que, a par com a verdade, é cuidadosamente venerado pelos operadores do Direito, ou não se manifestasse este conjuntamente com a verdade no campo da subjetividade. Nas palavras de Dinamarco “certeza está em nós e a verdade nos fatos”⁷⁰. Para além do mais, é inegável o valor que a certeza assume no Direito, pois todo o sistema

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz, “Comentários ao código de processo civil”, São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 2000, v. 5, Tomo I *apud* CRUZ, Chelei Machado da, “A verdade e o Direito”, in *Revista Jus Vigilantibus*, Quarta-feira, 22 de outubro de 2003, in <http://jusvi.com>.

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 6.ªed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 237, *apud ibidem*.

jurídico se edifica de modo a atingir um estado de certeza quanto a direitos e obrigações que informará a base a partir da qual será emanada a sentença jurídica.

Na terminologia jurídica o conceito de certeza está também intimamente ligado ao de convicção, ao juízo de certeza que é elaborado pelo Juiz do processo sobre a reconstrução possível da situação fáctica do caso litigioso. Esta convicção vai-se construindo ao longo de todo o processo jurídico, essencialmente na fase de julgamento.

Por outra via, a certeza jurídica, enquanto domínio do conhecimento que se acha por adesão do próprio pensamento a uma de várias alternativas apresentadas sobre um conjunto de acontecimentos, baseia-se essencialmente na evidência; isto é, naquilo que é evidente, sobretudo para o Juiz de processo. A certeza jurídica constitui-se, assim, como substrato necessário da ciência do Direito, ou seja, como base de ação dos seus operadores, pois ninguém pode agir sem o mínimo de certeza. Quanto a isto, Dinamarco estabeleceu uma comparação entre Justiça e certeza da qual extraiu o seguinte: “ Calamandrei fala em «contraste entre a justiça e a certeza», o que é menos correcto porque a certeza não tem vocação à injustiça (o processo é justo ainda quando, para ser célere e conduzir logo a situação de certeza, se afasta dos factos e da vontade da lei -, desde que, naturalmente, seja observado o equilíbrio conveniente entre os dois valores, como procuro demonstrar) ”⁷¹.

Ainda no que à importância da certeza no Direito concerne, de mencionar também as sábias palavras de Liebman, de acordo com as quais “é própria de todos os juízos históricos uma margem de risco, porque «estamos no terreno da convicção subjectiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica”⁷².

O escrutínio que se realiza sobre os factos passados que são conduzidos até ao processo resume-se a toda uma atividade humana dinamizada por juízos de valor sobre os mesmos, pelo que o conhecimento que se atinge no processo é limitado e exige da parte dos agentes do Direito, essencialmente do Juiz e do Legislador, uma consciente condução do processo, no sentido em que as exigências e o próprio empenho pela busca da verdade, da certeza e da Justiça deverá sempre ser orientadas num processo de cognição compatível com todas estas limitações.

É, verdadeiramente, a combinação de contrastes que compõe o direito processual. No confronto entre processo e certeza, celeridade e Justiça, verdade e segurança jurídica, subjetividade e decisão judicial justa, é que se consubstancializa o processo judicial. E da gestão de tamanha

⁷¹ Dinamarco, *op. cit.*, p.232), *apud ibidem*.

⁷² Liebman *apud* Dinamarco, *op. cit.*, p.222. *apud ibidem*.

conflitualidade axiológica e conceptual está incumbido o Juiz do processo, que, por sua vez, nessa trama processual jamais se pode olvidar de qualquer um destes aspetos, conciliando-os; e para além do busílis litigioso a deslindar, compete-lhe ainda atuar conforme uma certa exigência de pragmaticidade, a fim de que esta sua tarefa jurisdicional não culmine numa perda ou insatisfação do serviço jurisdicional por parte dos litigantes. Já por isso mesmo ensina Dinamarco o seguinte: “À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora”⁷³.

A Justiça é um valor social necessário e que o Estado de Direito está obrigado a garantir por meio das leis e da jurisdição. A harmonia social é um bem social maior e que só se alcança veiculada por uma atuação ao nível do edifício do Direito, com relevância para o direito processual, o qual, conduzido pelo Juiz, tem o ónus de solucionar situações conflituantes concretas, repondo a estabilidade das esferas jurídicas dos cidadãos litigantes. Este apaziguamento social, do Estado organizado para o cidadão, mas construído por e para os indivíduos, é dirigido por uma pessoa, o Juiz, não é uma missão de todo simples – ilação que já foi possível elencar -, porque os conflitos devem ser eliminados com base em critérios justos e a Justiça é um valor intangível, assim como a verdade e sua essência. Daí se poder concluir que, talvez, a missão do Estado nunca se encontre total e efetivamente concluída.

Por tudo quanto ficou mencionado, uma certeza ficou registada, a de que é exageradamente quimérico crer-se numa verdade “verdadeira” – passo o pleonasma – que sustente robustamente o processo jurídico. Do decurso do julgamento unicamente se somam convicções, que muito embora atinjam um grau elevado de verosimilhança, não chegam nunca a tocar a plena verdade.

A “falibilidade” do sistema do direito processual tem o seu início na incerteza quanto à verdade dos factos, o que, desde logo, obriga o Juiz a gerir a sua atividade nas águas turbulentas do provável e verosímil. Perante estas restrições, às quais se vão também aglutinar as próprias limitações da humana cognição, o que se torna irrecusável é o erro judiciário, que é alimentado – e muitas vezes, mal informado – pela fase da instrução, na qual as partes combatem com todas as armas de que dispõem para fazer valer a sua pretensão no processo, movidas por sentimentos e emoções. Enfim, há todo um conjunto de subtilidades que deixam apenas transparecer para o

⁷³ *Ibidem* Dinamarco, *op. cit.*, p. 232, *apud ibidem*.

processo e consequente análise do Julgador uma realidade fáctica consciente ou inconscientemente manipulada e viciada pelas vontades das partes.

Para completar tal cenário, de relevar a presença da interpretação que é subjetivamente formulada pelo Juiz do processo sobre determinados factos, o que ainda mais altera o seu real conteúdo. O processo provê-se de uma personalidade que pode sempre distorcer-lhe o sentido, pelo que parece que a única verdade de que se dispõe é a da incerteza da Justiça aplicada ao caso concreto.

Também não se deverá o Juiz perder numa infundável busca pela verdade plena tendo consciência que a mesma não é sequer avistável; por conseguinte, deverá impedir que tal devaneio condicione a celeridade processual, e bem assim deverá antes procurar a máxima satisfação possível dos recetores do Direito e sua jurisdição.

Com isto, resta apenas referir que o valor da Justiça subjacente a uma decisão judicial é sempre meramente indicativo/ relativo e jamais efetivo – para tal, ter-se-ia, talvez, de implementar no atual direito processual a mecânica da Lei de Talião, o que não se deseja, certamente. Vive-se, claramente, num direito de verosimilhança ou, se preferível for, num Direito que não se abstrai da sua relação com a verdade, mas na medida, na amplitude, da sua imperfeição.

Não se tenciona com esta reflexão sobre a verdade e a certeza jurídicas destronar as suas finalidades no Direito, nem sequer perpetrar a hipótese de que estas condicionantes jurídicas não procurem sempre a obtenção da Justiça no Direito, como escopo do mesmo. Neste mesmo sentido, a par com a autora do artigo *A base argumentativa na decisão judicial*, também aqui se equaciona qual, então, o sentido a construir para uma Justiça assente “sobre a mentira ou com indiferença relativamente à verdade?”⁷⁴.

⁷⁴ *Apud* CARVALHO, Maria Clara Calheiros de, “A base argumentativa na decisão judicial”, p. 72

Capítulo IV – A Comunicação entre o Direito, a Neurociência e a Psicologia

“O direito, na sua forma concreta de existência (nomeadamente, tal como é “proferido” pelos tribunais) surge sempre e somente no processo de realização do direito, com a participação integral da personalidade do sujeito que compreende; os juizes já não podem invocar “compulsión de ‘la ley’ para justificar sus decisiones: ellos son siempre parte de la decisión. Dios há muerto”.

D. KENNEDY

a) Contributo das investigações cognitivas e neurocientíficas – o processo cerebral da decisão

Num processo que procurei ser gradual e sistemático, fui enunciando, ao longo de cada capítulo e subcapítulo desta dissertação, o contributo e a presença de emoções e dos sentimentos, ou da subjetividade que estes acarretam, em cada um dos conspetos que integram o processo de decisão judicial e que atuam, perante o Juiz, como verdadeiros espetros integradores dessa empreitada.

É com especial destaque, porém, que, por ora, entendo ser o momento para esmiuçar a presença destes elementos também no concreto processo do proferimento de uma decisão judicial, vislumbrando, assim, apresentar uma perspetiva copiosamente dilatada acerca da própria relação entre razão e emoção, sobretudo em termos neurológicos.

Para tal, este subcapítulo será direcionado à compreensão do próprio processo mental da decisão, estabelecendo o paralelismo com o processo da decisão judicial; e uma segunda parte, na qual se apostará numa análise detalhada sobre o processo de gestão entre razão e emoção, igualmente orientado para a emanação da decisão judicial.

Para já, resta perceber qual a evolução que se operou nesta área científica, denominada Neurociência, na assunção da desmistificação quanto à existência de dois sistemas neurológicos distintos, independentes e intransponíveis entre si, sendo um dedicado à razão e outro à emoção, e, por inerência, da apologia da existência da emoção como componente do maquinismo da razão humana.

Para lançar mão deste propósito, tomarei em linha de conta toda a obra de António Damásio, *O Erro de Descartes: Emoção, razão e cérebro humano*, que, nas palavras da Maria Clara Calheiros de Carvalho, consistiu, genericamente, numa “justificação teórica deste papel do

afecto na tomada de decisão”, sendo certo que “o que procurou aí demonstrar é que a evidência científica contraria o suposto cartesiano de separação entre razão e estímulos emocionais”⁷⁵.

Ora, esta obra de António Damásio decorre de um pleno processo de análise e estudo sobre o caso de Phineas Gage, um indivíduo que sofreu uma lesão no cérebro que lhe causou uma limitação específica e, conseqüentemente, uma restrição na sua própria racionalidade. Trata-se de um importante caso de observação do século XIX e que serviu de base aos recentes estudos, ao nível da neuropsicologia, para compreender, à luz das novas técnicas desenvolvidas neste campo científico, o comportamento de indivíduos com o mesmo problema cerebral.

Nesta obra, e pegando nas locuções do próprio autor: “sugerirei ainda que a razão humana está dependente não de um único centro cerebral mas de vários sistemas cerebrais que funcionam de forma concentrada ao longo de muitos níveis de organização neuronal. Tanto as regiões cerebrais de «alto-nível», desde os córtices pré-frontais até ao hipotálamo e ao tronco cerebral, cooperam umas com as outras na feitura da razão”⁷⁶, sendo certo que os níveis mais baixos do cérebro e que compõem o edifício neurológico da razão, correspondem ao mesmo local onde se produzem também as emoções e os sentimentos (milénariamente entendidos não como produtos da actividade e funcionamento cerebral, mas antes como redutos básicos da alma e/ou do espírito humanos).

Correlacionado, indissociavelmente, com este fenómeno cerebral, e assumindo-se como seu correlato físico, está ainda o corpo/organismo humano; é a partir do seu corpo que o Homem interage com o meio ambiente, não só captando as informações que o mesmo lhe impressiona, mas também expressando perante o meio e os demais elementos sociais nele inseridos os sentimentos e as emoções que produz, informado pelas realidades previamente adquiridas.

De acordo com esta perspetiva, que aqui se intitulará “Damasiana”, e que, hodiernamente tem imperado no âmago das teorias neurocientíficas, pela revolucionária perspetiva congregadora que exhibe no que concerne à compreensão da atividade e comportamento humanos na expugnação de uma decisão, não é possível decidir sem a perfeita interligação entre razão, emoção e organismo, sendo certo que o campo de comutação das informações de tais elementos tem a sua sede fisiológica no cérebro humano.

O “erro” do emblemático filósofo, Descartes, histórico consagrante teórico desta perspetiva, na sua abordagem mais difundida e respeitante à ligação existente entre corpo e mente,

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e Cérebro Humano*, 14.ª edição, Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurad, Sintra, Publicações Europa-América, 1995, p.15.

foi não enquadrar no processo decisório a participação da emoção, a par com a razão, e a sua exteriorização corpórea. Descartes acreditava numa cisão entre corpo e mente, em que o corpo prestava apenas à mente as informações necessárias para esta laborar e, para depois exteriorizar os resultados dos processos neuronais experienciados na mente. Damásio apresenta uma visão científica completamente diferente, de acordo com a qual corpo e mente estão estreitamente conetados, num processo interno presidido pela mente humana e auxiliado pelo corpo humano, mais concretamente pelas sensações que este manifesta e que induzem a mente a funcionar de determinada maneira.

Portanto, o dualismo cartesiano, segundo o qual a alma - razão pura-, existe independentemente do corpo e sobretudo das emoções, é falso.

António Damásio, nesta sua obra mostra claramente que todos aqueles velhos e aparentemente prudentes conselhos, tais como: “manter a cabeça fria no momento de tomar uma decisão”, ou “para tomar decisões importantes deve decidir-se com a cabeça e não com o coração”, entre outros entendimentos deste nível, ao que parece, são errados, porque são as emoções e os sentimentos que completam eficazmente o processo de decisão, melhorando-o, e não destruindo-o. É o próprio António Damásio que, logo no início desta sua obra, afirma o seguinte: “Comecei a escrever este livro com o intuito de propor que a razão pode não ser tão pura quanto a maioria de nós pensa que é ou desejaria que fosse, e que as emoções e os sentimentos podem não ser de todo uns intrusos no bastião da razão”⁷⁷.

O Homem diferencia-se do animal pela sua extraordinária e natural capacidade de se comportar emocionalmente. Porém, é também a extensão do repertório de soluções emocionais que cada pessoa é capaz de manifestar que a torna única entre os seus semelhantes.

Nos primeiros capítulos deste compêndio sobre o funcionamento do cérebro humano, o autor começa por apresentar um dos mais famosos casos de estudo da Neurociência: Phineas Gage. O caso deste australiano ocorreu por meados do século XIX, mais concretamente, no ano de 1848, quando Phineas Gage, de 25 anos de idade, que exercia a função de capataz na construção de ferrovias, sofreu um acidente, no qual, devido a uma explosão, foi atingido por uma barra de ferro que lhe atravessou a cabeça, danificando a parte pré-frontal do seu cérebro (a dita barra de ferro entrou pela face esquêda de P. Gage, trespassou a base do seu crânio, atravessando assim a parte interior do cérebro e saindo pelo topo do crânio). Apesar de todo o seu azar, do mal o menos, pois P. Gage sobreviveu a tal ofensiva e a única sequela aparente foi a perda do seu olho esquerdo.

⁷⁷ *Ibidem*, ob. cit. p. 14

Continuou, por isso, a usufruir das suas capacidades físicas e sensoriais de forma normativa e a exibir um comportamento físico perfeito. Todavia, em termos de conduta social, P. Gage estava completamente diferente; e se antes do sucedido todos os que o conheciam o admiravam pela sua gentileza e agilidade física e mental, depois do acidente, tornou-se um desconhecido para todos os que haviam convivido e trabalhado com ele, sob a sua liderança; tornou-se num indivíduo de mau trato, que utilizava constantemente vocábulos obscenos e comentários cruéis e desnecessários. O que mais se evidenciava neste “novo” P. Gage era, no entanto, a sua evidente incapacidade para tomar decisões, por manifesta incapacidade para prever e ponderar as suas consequências, muito embora o seu raciocínio lógico e a sua memória se encontrassem regulares.

Este caso foi o primeiro caso que proporcionou um estudo e um conhecimento diferente da participação e influência das emoções no processo mental decisório, através do qual foi possível demonstrar que as emoções e o comportamento estão associados entre si e que ocorrem numa parte específica do cérebro.

Depois de analisar o caso de P. Gage, um legado dos ensaios científicos desenvolvidos no século XIX, Damásio aproveitou para estudar outros casos de pessoas que apresentavam as mesmas lesões cerebrais e os mesmo sintomas que P. Gage, tal como o caso de Elliot. Sobre Elliot Damásio aplicou vários testes de QI e em todos obteve resultados bastante positivos e dentro dos parâmetros médios estabelecidos para um intelectual saudável.

Nas várias sessões que teve com Elliot, Damásio facilmente se apercebeu que este assumia uma postura de indiferença face ao acidente de que havia sido vítima, para além de que, quando confrontado com certas situações difíceis e agoniantes, como vídeos sobre incêndios devastadores ou afogamentos, por exemplo, este não patenteava nas suas expressões qualquer sentimento. Até que, a dada altura, o próprio Elliot partilhou com Damásio que sentia que os seus próprios sentimentos haviam mudado depois do acidente. Havia em Elliot a consciência de que estava diferente emocionalmente, pois as anteriores situações que lhe causavam fortes emoções, agora, após o acidente, não lhe despoletavam qualquer tipo de reação.

Ora, este latente estado de indiferença sentimental, ou por outras palavras, esta ausência de sentimentos faz com que o doente manifeste essa alheação nas decisões que toma, deliberando sempre da pior forma.

Tendo por base a “matriz de P. Gage” – tal como lhe chamou Damásio – o autor observou efectiva e comparativamente, outros casos, nos quais salienta o caso do “doente A”⁷⁸. Deste estudo procedimental, o autor absorveu o seguinte: “A vida emocional do doente A parecia empobrecida. De vez em quando, ele poderia ter uma fugaz explosão emocional, mas na maior parte do seu tempo, tal explosão não ocorria. Não existem sinais de que nutrisse sentimentos por outros, nem sinal de vergonha, tristeza ou angústia perante a reviravolta trágica da sua vida. O seu afeto global pode ser sugestivamente descrito como superficial. De um modo geral, o doente A tinha-se tornado passivo e dependente. Passou o resto da vida ao cuidado da família.”⁷⁹ E sobre essa mesma lente, Damásio concluiu que: “depois de sofrer a lesão dos córtices frontais, a sua capacidade para escolher o curso de acção mais vantajoso foi perdida; apesar de ter conservado as capacidades intelectuais intactas, as emoções e os sentimentos estavam comprometidos. Deve notar-se que, em torno desta matriz, existem diferenças quando diversos casos são comparados. Mas é inerente à natureza desses síndromas terem uma matriz, um núcleo de sintomas partilhados, e terem variação de sintomas na periferia desse núcleo”⁸⁰.

Por outro lado, não foi só o dualismo cartesiano que foi contestado por António Damásio nesta obra. O próprio método de estudo mecanicista apresentado por Descartes no seu livro “Discurso do Método” foi alvo de reflexões e estudos profundos por parte de Damásio que, enveredando por uma linha de observação diferente, sustenta como método de estudo uma fusão entre a neurobiologia e a investigação psicológica numa abordagem integrativa das emoções e da razão. Com isto, Damásio veio provar que o dualismo cartesiano e seu método não permitiam um verdadeiro entendimento sobre o fenómeno da tomada de decisão ou de qualquer outro fenómeno.

Mediante a concepção do dualismo cartesiano, as emoções não têm qualquer comparticipação nas modificações do corpo/ organismo humano; como tal, da mesma maneira não se concede qualquer espaço aos sentimentos, enquanto manifestações deste estado de mudança física e mental.

Paralelamente à sistemática análise de casos clínicos, tais como os de P. Gage e Elliot, já *supra* identificados e em traços gerais explicados, António Damásio, em parceria com a sua mulher, Hanna, procederam a várias experimentações neuropsicológicas com animais de laboratório, sendo certo que, fruto desse trabalho de experimentação, resultou a comprovação de

⁷⁸ Este foi um caso estudado pelo neurologista Brickner, da *Columbia University*, em 1932. Tratava-se um corretor da Bolsa que residia em Nova Iorque e a quem, aos 39 anos de idade, foi detetado um tumor cerebral. Este tumor cresceu de tal maneira que esmagou os seus lobos frontais, esquerdo e direito, e produziu um dano no seu cérebro muito semelhante ao caso de Elliot – *apud* DAMÁSIO, António, *op. cit.*, pag. 73.

⁷⁹ *Ibidem*, *ob. cit.* p. 74 e 75.

⁸⁰ *Ibidem*, *ob. cit.* p. 75.

que as emoções se encontram realmente na génese das condutas humanas, definindo-as. De acordo com o que este neurocientista explica na sua obra, esta relação entre emoção, razão e corpo resulta do histórico processo natural de desenvolvimento humano de aprendizagem de respostas de adaptação ao meio. Perante os estímulos oferecidos pelo meio, o homem responde com comportamentos próprios moldados pelos processos emotivos de que se mune, e com recurso à razão, seleciona as mais diversas respostas face a cada situação. A indissociabilidade entre razão e emoção manifesta-se na complementaridade destes processos cerebrais de contestação ao meio. Assim, as várias respostas adaptativas ao mundo são moldadas pelas emoções e os comportamentos exibidos em cada momento são selecionados pela razão.

Todos os casos neuropatológicos analisados e estudados por António Damásio tinham um ponto em comum: lesões no córtex frontal do cérebro. E todos os pacientes demonstraram clarividentes dificuldades, ou mesmo, uma séria incapacidade de tomar decisões. Da aplicação a estes casos do seu método neuropsicológico o resultado alcançado foi a constatação de uma reduzida reatividade emocional. Com base nessas mesmas observações, a avaliação apresentada por este autor foi no sentido de que as lesões no córtex frontal, dano que embarga a produção de emoções, se revertem num comportamento emocional defeituoso e, por inerência, num enorme desequilíbrio na inter-relação entre os processos emotivo e racional, o que, necessariamente, condiciona a decisão, uma vez que a decisão, como já foi visto aqui, não é fruto do empenho da razão apenas; a razão, para operar, necessita das referenciadas instruções prestadas pelas emoções para seleccionar as opções de comportamento.

No final desta investigação casuisticamente encetada por Damásio, as primeiras conclusões que alcançou e partilhou na sua obra, elencam-se de seguida:

1. “ Se o sector ventromediano estiver incluído na lesão, a lesão bilateral dos córtices pré-frontais está consistentemente associada a limitações do raciocínio/tomada de decisões e das emoções/sentimentos.
2. Quando limitações no raciocínio/ tomada de decisão e nas emoções/ sentimentos se tornam salientes, em contraste com um perfil neuropsicológico em larga medida intacto, a lesão é muito extensa no sector ventromediano; além disso, o domínio pessoal/ social é o mais afectado.
3. Nos casos de lesão pré-frontal em que os sectores dorsal e lateral são pelo menos tão extensamente lesionados como o sector ventromediano, as limitações no raciocínio/ tomada de decisão já não se encontram concentradas no domínio

pessoal/ social. Essas limitações, assim como as limitações nas emoções/ sentimentos, são acompanhadas por defeitos na atenção e na memória de trabalho, detectadas por testes em que se utilizam objectos, palavras e números”⁸¹.

1. O processo mental da decisão – paralelismo com a decisão judicial

Esta perspectiva “Damasiana” do processo decisório levanta algumas questões de princípio, tais como: no momento da decisão é a influência das emoções que pesa mais? E é possível emanar uma decisão apenas recorrendo à razão, isto é, uma decisão puramente racional?

Todas estas questões farão sentido quando direcionadas, especialmente, para a atividade de alguém como o Juiz a quem competem as espinhosas tarefas de reparar os atos dos julgados, colmatando os prejuízos havidos e projetados na esfera jurídica alheia, e de reordenar o próprio sistema jurídico com uma missão social educativa, apenas num único momento, que é o da prolação das suas sentenças.

A vanguardista tese neurocientífica *supra* exibida de António Damásio não permite que se ignore a presença de vários fatores subjetivos que exercem um expressivo efeito sobre o Juiz no momento em que o mesmo está diante de um caso que precisa de ser decidido.

Destarte, é manifestamente relevante neste ponto da dissertação procurar compreender como acontece o processo decisório mental do Juiz.

Ora, partindo das questões colocadas, este neurocientista elenca uma série de argumentos anátomo-fisiológicos sobre o processamento do raciocínio e da decisão no cérebro.

Do que, em suma, foi possível extrair dos primeiros capítulos desta obra, o cérebro é composto por um conjunto de sistemas de pensamento que laboram em parceria para atingir um determinado fim, o raciocínio e, posteriormente, seleção de uma resposta, que se traduz na decisão. Na gestão destes sistemas neurológicos encontram-se também envolvidas tanto as emoções como os sentimentos, sobretudo dedicados à parte do processamento de sinais do corpo.

Ora, a propósito desta evidência, Damásio propõe a existência de uma região no cérebro humano que é denominado córtex cingulado anterior, e que é parte integrante do sistema límbico, cuja danificação condiciona invariavelmente a tomada de decisão.

⁸¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 79

Para explicar o fenómeno mental da decisão, Damásio defende que o raciocínio humano assenta numa sequência ordenada de imagens depositadas no cérebro e apreendidas pelos órgãos sensoriais.

Ora, o processamento destes dados informadores do raciocínio ocorre na confluência das áreas cerebrais, necessariamente entre o sistema límbico – enquanto génese, depósito e expressão das emoções – e o córtex frontal – substrato neurológico do processo de tomada de decisão.

A partir da apresentação deste cenário mental inerente ao processo de decisão, este neurocientista vem introduzir a hipótese dos *marcadores-somáticos*⁸². Esta hipótese constitui a maior inovação da obra de António Damásio. Porém, o que entende o autor por *marcadores-somáticos*?

“A finalidade do raciocínio é a decisão, e a essência da decisão consiste em escolher uma opção de resposta, ou seja, escolher uma acção não verbal, ou uma palavra, ou uma frase, ou uma combinação destas coisas não verbal, ou uma palavra ou uma frase, ou uma combinação destas coisas, de entre as muitas possíveis no momento, perante uma dada situação”⁸³. No dizer, também, de Philip Johnson-Laird, “para decidirem, julguem; para julgarem, raciocinem; para raciocinarem, decidam (sobre o que raciocinar)”⁸⁴.

A par com o que Damásio explica nesta capítulo oitavo da sua obra, tanto para raciocinar, como para depois decidir, o agente tem de ter conhecimento prévio de três fatores, a saber: da situação concreta sobre que vai decidir; do rol de possíveis respostas a aduzir; e das consequências carregadas por cada uma das opções de resposta. Como fio condutor que norteia a reunião mediada destes fatores todo o decisor utiliza uma estratégia lógica para produzir as inferências que pretende.

A fim de melhor explicitar este ponto de vista, Damásio apresenta três conjuntos de situações distintas entre si e no que respeita aos processos biológicos que culminam na seleção das respostas. Deste agregado situacional, e para o que aqui releva, de salientar apenas as situações compreendidas no terceiro exemplo e que se dispersam entre dois grupos distintos: as que se incluem num domínio mais pessoal e social imediato e as que se afastam desse núcleo. E, não obstante, em nenhum dos grupos se prescinda da atividade da razão: o primeiro grupo insere-se na chamada razão prática e o segundo grupo na razão pura. De ressaltar também que no primeiro

⁸² *Ibidem*, op. cit., p 178.

⁸³ *Ibidem*, op. cit., p 178.

⁸⁴ JOHNSON-LAIRD, Phillip N. e SHAFIR, Elgar, *The interaction between reasoning and decision-making: an introduction*, *Cognition*, 1993, 49:109 *apud* DAMÁSIO, António, op. cit., p. 178.

sub-grupo do terceiro grupo de exemplos de Damásio, este introduziu a hipotética situação de um Juiz comutar a sentença de um indivíduo condenado à morte.

Em termos sumários, a hipótese dos *marcadores-somáticos* surgiu nesta empreitada de Damásio como uma elaboração neuropsicológica baseada na teoria da emoção de William James, de 1884. E conforme defende Damásio, o Homem é dotado de dois tipos de emoções: as primárias e as secundárias; e ainda dos sentimentos relacionados com as emoções. Às primitivas emoções, fundadas em disposições inatas e naturais, compete apresentar respostas a um determinado tipo de estímulos, e são administradas pelo sistema límbico. Por seu turno, as emoções secundárias decorrem da aprendizagem individual, potenciada e decorrente da experiência humana e correspondem a categorizações sobre as figurações de estímulos já vivenciados e já rotulados como bons ou maus. A base neuronal, de acordo com o *design* do cérebro humano, das emoções secundárias seria todo o córtex cerebral (com as suas demais estruturas associadas); todavia, a expressão dessas emoções envolveria também toda a arquitetura do sistema límbico.

Destarte, uma conclusão pelo menos é incontestável: a aprendizagem emocional fica completamente condicionada quando os substratos neuronais que estão na base da produção de emoções - portanto, o córtex frontal em interligação com o sistema límbico -, se encontram danificados. Isto é, quando esta base não funciona integralmente, a produção de emoções congela.

Por outro lado, um dos maiores contributos de Damásio e seus colaboradores nesta obra prende-se, para além desta abordagem do *design* do cérebro humano, com a consciência da contraprodução da separação entre razão e emoção no processo de tomada de decisão. Na senda do que vem sendo explicado ao longo da sua obra, Damásio ensina que as emoções são um aspeto essencial na vida racional de qualquer ser humano. Desta feita, em contra mão de tudo aquilo que fora baluarte nos séculos ecoantes das vozes de Descartes e de Kant, segundo as quais o raciocínio deve ser dissociado da emoção, valendo por si só numa forma pura, na verdade, ecoa agora Damásio que são as próprias emoções que equilibram as decisões. E sem mais, Damásio remata este entendimento alegando simplesmente que a única pessoa verdadeiramente Kantiana é o doente que sofre de lesão no córtex pré-frontal.

Este é o atual baluarte da neurologia moderna.

E o Juiz? De que forma os ensinamentos de António Damásio ajudam a entender a sua função de julgar e decidir?

Para além da sua condição obviamente humana, todo o trabalho que é desempenhado pelo Juiz pode resumir-se, no essencial, a uma produção em série de decisões sociais. Essas decisões envolvem não apenas toda a edificação jurídico-normativa, enraizada numa determinada sociedade imbuída culturalmente, mas principalmente toda uma enorme carga humana e pessoal que pesa nessas decisões e, como tal, não pode ser ignota no momento de julgar e de decidir do Juiz.

Pintando o quadro nestes tons, que alternam entre a tonalidade da razão pura que se procurou imprimir na construção de sistema jurídico e a cor da emotividade/ sensibilidade sempre presente quando em questão está a análise de situações da vida social, a tela que melhor revela a função jurisdicional é aquela que se compõe do equilíbrio destes tons.

Voltando ainda à obra de Damásio, mais especificamente à parte do enquadramento que este faz dos exemplos que tipifica, o carácter evidentemente social da sentença coloca o tipo de decisão a tomar por parte do Juiz no primeiro sub-grupo do terceiro grupo de exemplos de Damásio, pois, neste setor está presente a atividade da razão – assim como nas situações previstas nos demais exemplos –, porém, as situações catalogadas neste setor situam-se no domínio pessoal e social imediato.

Ora, uma decisão judicial é indubitavelmente uma sentença social, e vice-versa, pelo que tem de ser discorrida com base em premissas sociais e pessoais, na medida em que o limiar que demarca – como os racionalistas e positivistas desejaram demarcar – a razão e a sensibilidade, quando a decisão recai sobre aspetos da vida social e individual de alguém, a preocupação e a responsabilidade social que tal carrega para a atividade de um agente, é bastante ténue.

O ato de julgar não pode resultar unicamente das inferências realizadas pelo Julgador com base nos conhecimentos técnicos logrados no âmbito da sua formação académica em Direito. No ensejo proclamar uma sentença o Julgador imprime conjuntamente nos seus juízos, com mais ou menos intensidade, as suas convicções, as suas ideologias e a sua própria mundividência; enfim, todo o repertório de elementos que inculcam as suas emoções e que se expressam por meio dos seus sentimentos; sentimentos esses que são evocados à presença de toda a realidade fáctica sobre a qual é imperioso julgar e decidir.

O Juiz decide com todo o seu “eu” individual, repescando na sua base de dados neuronal os instrumentos necessários para conjeturar sobre as premissas de uma determinada situação. Na verdade, e como ensina António Damásio, na execução do processo de tomada de decisões, o

Decisor coloca toda a sua estrutura neuronal a funcionar, convocando, não só a razão, mas também as emoções.

No mais, pese embora este modelo contemporâneo desenvolvido sobre a tarefa de julgar e decidir ao nível do sistema neuronal, certo é que o próprio séquito de produção do Direito permanece madraço a reconhecer a importância do contributo das emoções ao longo de todo o processo de tomada de decisão jurídica, porquanto todas as teorias do Direito que, alicerçadas em teorias modelos, privadas de qualquer autoconsciência sobre a realidade neuronal que constitui todo o indivíduo, se mostram irreverentes às dificuldades filosóficas e neuropsicológicas patentes em qualquer teoria da ação.

Para finalizar, de citar, por último, Atahualpa Fernandez e Manuella Maria Fernandez: “O direito não é, e jamais será predominantemente um sistema racional de pensamentos, ao menos enquanto a genética não produza inéditos milagres nos cérebros das pessoas. Não, não pode sê-lo, porque ele consiste em *decisões* sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas.”⁸⁵

2. O processo de gestão entre razão e emoção

De facto, e não perdendo de vista esta última citação de Atahualpa Fernandez e Manuella Maria Fernandez, as decisões judiciais não podem resultar (ou não devem resultar), acentuadamente mais racionais que emotivas e/ou mais ou menos determinadas/ voluntárias que informadas pelos conhecimentos do Julgador. Estas decisões são proveniência do equilíbrio de todas estas componentes, que são parte integrante da dinâmica da atividade jurisdicional promovida pelo Juiz, enquanto resposta às solicitações e exigências jurídico-legais de resolução de litígios. Na base da orientação de toda esta dinâmica de respostas está toda a informação genética do Decisor, bem como toda a sua estrutura neurológica, na qual se encontram arrecadadas as experiências, os valores, as memórias e ainda toda a aprendizagem decorrente das influências do meio e da mentalidade resultante. Ora, é com tudo isto que o Julgador se mune para encaminhar um julgamento e proferir uma sentença, pois como bem disse J. Frank, os Juizes são também “humanos”.

⁸⁵ FERNANDEZ, Atahualpa e FERNANDEZ, Manuella Maria, “Racionalidade jurídica, emoção e atividade jurisdicional”, in Revista *Âmbito Jurídico*, Âmbito Jurídico Comércio e Serviços de Informação, Ltda, Rio Grande, XIV, n.º 84, jan 2011, in <http://www.ambito-juridico.com.br>.

Todavia, nunca poderá deixar de se questionar como é possível ao Juiz gerir as informações que produz ao nível da sua razão e emoção? Haverá gestão possível ou o equilíbrio é que é naturalmente permanente?

No fundo, a pergunta que quero colocar é a de saber se é possível evidenciar-se (ou não) uma diferença taxativa entre razão e emoção no Direito?

Ora, é no seio da hermenêutica jurídica que melhor se consegue acolher esta questão face ao grau de complexidade da mesma, visto também que é este o momento que melhor sinaliza, por força da própria subsunção dos factos à Lei, a solicitação do Julgador na dimensão do seu “eu” individual, isto é, de toda a conjuntura ao nível encefálico que se tem vindo a explorar.

As grandes teorias explicativas das relações estabelecidas entre a emoção e a razão, assim como as havidas entre as ações e os juízos de valor e que atualmente relevam para o entendimento e composição do Direito, são baseadas nas teorias na velha guarda compostas pelo pensamento de Kant, Hume e Rawls.

Assim, de acordo com o modelo filosófico proposto por Kant, que versa sobre o postulado da razão e da reflexão dedutiva como os apogeus das condutas morais do Homem, só a vertente racional do Homem opera diante de uma determinada situação para sobre a mesma proferir os juízos morais/ valorativos devidos. Por seu turno, no modelo inspirado em David Hume o enfoque recai sobre o rol das emoções e sobre a intuição moral, visto que sempre que surge uma nova situação a mesma despoleta, inevitavelmente, um conjunto de variadas emoções que, por sua vez, dão lugar a juízos de valor sobre a ação com os quais se vai responder àquela situação. A teoria que alimenta esta posição é aquela que decorre dos vários estudos que sustentam que os juízos que o Homem produz sobre o carácter moral das suas ações são sempre dominados por reações emocionais, como, por exemplo, a repugnância, ou a empatia, o que confere pouco espaço de atuação à deliberação racional. Por conseguinte, Jonathan Haidt presenteia a comunidade jurídica com uma reflexão extraordinária, extremamente intuitiva e verdadeira que se traduz, mais ou menos no seguinte: muito embora os Juizes sejam avaliados como entidades que raciocinam e argumentam sobre as mais diversas situações que lhe são apresentadas a julgamento por meio de princípios e regras de Direito fundamentais, na verdade, estes entram na cena de julgamento atuando como os Advogados também atuam; isto é, também eles instruem e conduzem o julgamento com base em posições já previamente estabelecidas sobre o caso. Ora, isto revela claramente que os Juizes possuem pouco controlo consciente do seu sentido moral quanto ao bem e ao mal.

O último modelo explicativo prende-se com os escritos Rawlsianos sobre a Justiça e postula o seguinte entendimento: o contato com qualquer evento sempre despoletaria um inconsciente estudo sobre a forma de atuação e inerentes consequências associados a tal evento, sendo certo que tal estudo sempre se converteria num juízo moral, o que (a nível neurológico) sempre se expressaria, posteriormente na produção de uma emoção e de um raciocínio conscientes. Desta feita, contrariamente ao modelo de Hume, o modelo Rawlsiano atesta que as emoções não influenciam o juízo moral, uma vez que estas surgem sempre depois da primeira análise inconsciente e imagem fugaz que constrói no imediato impacto com situação exposta e das ações implicadas na mesma, muito embora não deixe de ser um processo cognitivo naturalmente complexo. Neste modelo de processo cognitivo as emoções apenas ganham força para moldar a resposta a apresentar face a conjuntura fáctica percecionada.

Pelo exposto, em sede de interpretação e emprego do Direito não resta espaço á incerteza quanto ao facto de as emoções e a razão são partes integrantes da formulação de qualquer juízo normativo, pelo que todas as sensações/ percepções de carácter emocional recolhidas no ambiente social também orientam decisivamente todo o processamento da decisão judicial. Assim, dúvidas já não restam, ou podem restar, quanto à evidente composição deste fenómeno judicativo-decisório, não obstante, os Filósofos e demais teóricos do Direito, velando por uma “imaculada” racionalidade jurídica, se mantenham um pouco mais inertes e obsoletos perante a aceitação das conceções científicas contemporâneas no que concerne a uma inovadora ideia de racionalidade.

É na sua imanente envolvência valorativa, emocional e principiológica que o Julgador, enquanto intérprete, revela as suas convicções face à situação fáctica presente, para além de que, é privilegiando a estreita relação entre as emoções e o processo de aplicação do Direito que o Juiz se mostra também apto a compreender as normas jurídicas e a sua aplicabilidade à situação factual que, por sua vez, motivou a produção de tais emoções e conduziu à adoção de determinado comportamento – que, posteriormente, é convertido em sentença judicial.

Perante esta íntima relação de reciprocidade que existe entre as emoções e o Direito, a qual preside à orientação dos juízos de valor e à função interpretativa do Julgador, funcionando como móbil das próprias reflexões racionais, esta não só não pode ser ignorada, como deve existir quanto a ela uma séria consciência.

E porque será? Porque, assim como em o há em todas as situações, também aqui há o reverso da medalha. E o que pretendo com isto transmitir? Precisamente que, também os registos emocionais negativos do Julgador afetam, ou podem afetar, de forma invertida, as escolhas deste

no seu processo de tomada de decisão. Esta inversão, ou melhor dizendo, esta influência das emoções de ordem negativa no processo judicativo-decisório, transporta em si mesma um certo peso no que concerne à responsabilidade de Julgador. Todavia, isto é apenas um aspeto a ter em consideração, mas que não carece aqui de mais desenvolvimentos.

Pois bem, certo é que a intenção que motiva as ações levadas a cabo por qualquer indivíduo apenas se torna cognoscível e compreensível quando se descobre a base emocional na qual se consolida. As emoções assumem um papel deveras relevante e inerradicável da própria conduta humana, constituindo-a.

Ora, para além de ser assim, como é, ou seja, tendo em conta que as emoções que são produzidas e colhidas no seio da prática do Direito, sobretudo, na fase jurisdicional, existem e produzem-se apartadas da razão perante a situação fáctica presente, ao que parece não é, de facto, possível atingir uma pura e verdadeira gestão do contributo da motivação emocional no processo de tomada de decisão, sendo certo que, parte dessa dificuldade advém da estandardização de emoções padrão - tais como o são as emoções primárias - na presença das quais todo e qualquer ser humano reage sempre de uma determinada maneira.

Por tudo isto, somente é viável comprovar que o equilíbrio “desequilibrante” entre a emoção e a razão é algo naturalmente humano e está fenomenologicamente presente em todo o processo de tomada de decisão judicial.

b) Visão da Psicologia sobre a temática

“Ao longo dos três últimos séculos, o objectivo da biologia e da medicina tem sido a compreensão da fisiologia e da patologia do corpo. A mente foi excluída, tendo sido em grande parte relegada para o campo da religião e da filosofia, e, mesmo depois de se ter tornado o tema de uma disciplina específica, a psicologia, só recentemente lhe foi permitida a entrada na biologia e na medicina.”

ANTÓNIO DAMÁSIO

A entrada em cena da Psicologia no campo do Direito e suas contendas não é algo recente. Desde a antiguidade clássica, que os lumiares da ciência do Direito se preocupam com a construção de um paradigma de Justiça ideal, cada vez mais próximo da perfeição, procurando até lobrigar um ponto de tangência com uma Justiça sagrada. Esta busca, necessariamente, passa muito perto de uma odisséia nos meandros da utopia, porquanto, e muito embora sempre subsista essa esperança – expectativa iminentemente humana – de alcançar uma Justiça *supra*, imaculada e acrítica, nem a mais exaustiva das labutas alvitadas para esse cume será suficientemente vigorosa para o abraçar.

Nesse sentido, desde os mais prematuros séculos da civilização e da ciência jurídica que se revelou bastante notório aos juristas que o Direito não se basta a si mesmo, revelando-se até um sistema arquitetado numa deficiente base de autossuficiência. Por conseguinte, inicialmente procuram-se muitas das respostas na Religião e também na Filosofia. Contudo, com o tempo, também a fonte do saber destas áreas da conhecimento foi secando, motivo pelo qual, a escassez de respostas, conduziu a indagação dos pensadores do Direito para novas áreas do conhecimento. No cômputo dessas mesmas áreas encontraram a Psicologia.

Estava, assim, descoberta a interdisciplinaridade, enquanto a mais nova tendência da modernidade, cujo contributo fez desabrochar uma nova teoria do conhecimento, fundada na própria propensão para a confluência de diversos conhecimentos e saberes que, inovadoramente, transformam o conhecimento que há do mundo.

Esta desvinculação quanto à Religião e a certas correntes da Filosofia potenciou, assim, um tratamento científico melhorado das matérias de Direito, no âmbito do qual se fez incluir o próprio estudo da psique humana, para assim melhor compreender os agentes que cunham os vários ofícios do Direito, com especial meditação para o ofício do Juiz.

Ora, a Psicologia, por meio das suas correntes humanistas, tais como a Psicologia Analítica – encabeçada por Jung -, a Psicologia Transpessoal e a Psicologia Humanista, empenhou-

se em explicar, com base em conceitos científicos, a própria Ética humana. Rasando, assim, já a linha do horizonte, a Psicologia – no auge do século XX – detalhou, esmiuçou e explicou o comportamento ético-humano, penetrando na psique humana, com o fim de intercetar os seus demais conteúdos (para além da razão), uma vez que já havia declinado o império da racionalidade.

A ciência psicológica mune-se de toda uma metodologia de estudo dinâmica e fundamentada, que tem por princípio básico arrancar o Homem da horizontalidade do ceticismo de si próprio e das suas potencialidades - enquanto ser pensante -, e do qual se deixou invadir, muito devido ao receio de se descobrir a si próprio.

Desta feita, cabe à Psicologia evidenciar o Homem perante si próprio, sobretudo no que concerne aos seus recursos mentais, utilizados, não só, para cogitar, como também para armazenar os teores aprendidos e dos quais se serve para construir a sua personalidade, modo de estar no mundo e na vida e ainda para responder às solicitações do meio.

A mente/ psique é a própria “caixa de pandora” da vida humana, pois nela se concebe, tudo se apreende e tudo se transforma. Área alguma do saber é passível de existir e se desenvolver sem que na mesma seja sempre incluída a compreensão dos recursos e processos mentais do ser humano, que não apenas a razão (fleumática).

No entanto, e até aqui apenas foram elencadas ilações genéricas, imersas e reflexivas; falta, realmente, perceber quais os concretos contributos dos estudiosos desta área do saber para o Direito, com especial atenção para o exercício da jurisdição do qual é protagonista o Julgador, ou como legou um sábio da antiguidade “(...) aquele que nasceu com a dura missão de retificar”.

Afinal, a questão para a qual se almeja uma resposta é aquela que também já fora colocada por Lídia Reis de Almeida Prado⁸⁶ e que é a seguinte: “Qual a influência do psiquismo do juiz na sua função?”⁸⁷

Para dar início à observação deste tema, de mencionar o que, em síntese, refere Luís Fernando Coelho: “Lógica do razoável, lógica material, teoria da argumentação, lógica concreta,

⁸⁶ Lídia Reis de Almeida Prado, Mestre e Doutora em Direito, conseguiu colher e aglutinar o melhor de dois mundos, o Direito e a Psicologia, tudo por conta de uma arguta observação sobre este lado pouco explorado do Direito e que se prende com esta incontornável interdisciplinaridade, para assim, beneficiando da dupla formação em Filosofia do Direito e da Psicologia, oferecer uma visão contida, mas perfeitamente segura e garantística da necessidade de confluência dos conhecimentos de ambas as áreas, que, durante largos anos se encontraram voltados. Na sua obra *O Juiz e a Emoção – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*, a autora dá conta de toda a sua eloquência e de toda uma visão psicologista do Direito, com enfoque no papel do Juiz e da contribuição do seu psiquismo no instante da prolação da Sentença. Neste trabalho de análise seguir-se-á de perto toda a linha de pensamento explana pela autora na obra, assim como todas as suas referências bibliográficas.

⁸⁷ PRADO, Lídia Reis de Almeida, *O Juiz e a Emoção – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*, São Paulo, Millenium Editora, 5.ª Ed., 2010, p. XIII do Prefácio.

pensamento tópico-retórico, são alguns dos nomes que têm servido para rotular as novas conquistas atinentes à construção de uma nova metodologia, para a compreensão do Direito”⁸⁸.

À semelhança deste autor também muitos outros autores ideiam a atividade jurisdicional como uma atuação inventiva, na exata medida em que a obra produzida pelo órgão jurisdicional adita sempre algo de novo ao Direito e que não ostenta correspondência direta na Lei.

Ora, no que concerne à questão latente deste capítulo – qual a influência do psiquismo do Juiz na sentença? – serão abordadas, essencial e transversalmente à óptica de Lúcia Reis de Almeida Prado, as teorias desenvolvidas por três exímios autores, a saber: Recaséns Siches, Joaquim Dualde e Jeronimo Frank.

Luis Recaséns Siches, tendo por base uma lógica de razoabilidade – e que originalmente se denominou de raciovitalismo –, postula e enaltece a ideia de que o próprio episódio da prolação da decisão judicial se compõe de vários aspetos decorrentes da intuição e criatividade inatas do Juiz. Estes aspetos são convocados pela interpretação jurídica, que, por sua vez, deixa transparecer o modo de sentir do Juiz face ao processo subsuntivo do caso concreto à norma jurídica.

Desta feita, é inevitável a transcrição aqui das suas palavras sobre esta ideia: “A lógica tradicional não serve ao jurista para compreender e interpretar de modo justo os conteúdos das disposições jurídicas; não lhe serve para criar a norma individualizada da sentença judicial ou decisão administrativa [...]. Realmente o Juiz decide por intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam na lógica; decide por uma certeza que se forma de modo direto e não em virtude de um raciocínio [...]”⁸⁹.

Ainda com referência a este tema, Siches citou na sua obra, de forma feliz, as palavras de um Juiz, de nome Hutcheson, as quais traduzem de forma cristalina o processo psíquico do Juiz para a tomada de decisão e que são as seguintes: “depois de haver ponderado minuciosamente sobre todos os dados a sua disposição e haver meditado cuidadosamente sobre eles, deixa que sua imaginação intervenha. Dorme sobre o processo; espera que se lhe apresente uma espécie de premonição, uma suspeita, uma iluminação intuitiva que aclare a conexão entre o problema e a decisão e que indique qual a decisão justa [...]. Assim, o magistrado decide por intuição e não por silogismo dos que estudam a lógica. Decide pela convicção que ocorre de modo direto e não em virtude de um raciocínio. O raciocínio é articulado pelo juiz, que só depois passa a redigir a sentença. O impulso que motiva sua decisão é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito

⁸⁸ COELHO, Luiz Fernando, *Introdução Histórica à Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 2 *apud* PRADO, Lúcia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁹ SICHES, Luis Recaséns, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, México, Porrúa, S.A., 1963, p. 242 *apud*, PRADO, Lúcia Reis de Almeida, *op. cit.* p. 18.

do caso particular que tem diante de si. O Juiz astuto, depois de haver decidido dessa maneira, põe todas as suas faculdades mentais a postos para justificar aquela intuição diante da própria razão e para afrontar as críticas que possam ser dirigidas a sua sentença”⁹⁰.

Ora, do articulado conjunto dos vocábulos *supra* transcritos outro não pode ser o entendimento sobre aquilo que é uma sentença que não - tal como refere Siches - um ato mental que, muito embora exiba e assuma a estrutura característica de um verdadeiro silogismo, não deriva inteiramente das convencionadas premissas silogísticas do Positivismo Jurídico.

A par com Siches, outro jusfilósofo de meritório enfoque é Joaquim Dualde. Detentor de um pensamento forjado nos moldes alegóricos da Escola do Direito Livre, este autor considera que a génese dos conceitos se encontra tipografada nos próprios sentimentos, pelo que, sempre que ao Juiz caiba resolver um litígio, este deve deixar atuar a sua sensibilidade e intuição enquanto meios próprios descodificadores da realidade e estabilizadores da ordem e do conhecimento.

Mais refere Dualde que o Magistrado, para tragar a realidade, deverá sempre aceder à instância do pré-lógico e dos pressentimentos. Na conceção deste autor vive-se a apologia da intuição, enquanto produto das conceções intelectuais, dos sentimentos e ainda dos elementos inconscientes do Homem.

Por seu turno, Jerome Frank, membro da Escola do Realismo Americano, instituída na primeira metade do século XX, atribui uma importância acrescida ao cariz inovador/ criador que sempre se encontra vertido nas sentenças judiciais e que advém, naturalmente, da impressão que o Juiz deixa nestas da sua própria personalidade. Desta feita, este autor promoveu uma verdadeira desmistificação da ideia que se consubstancia na imperatividade da posição neutra do Juiz perante e impressa nas demandas judiciais que emana, ideia essa que tem vindo sempre imperar no Direito, pois que funciona como a mais eficaz garantia do próprio princípio da segurança jurídica.

Aliás, na sua obra *Law and the Modern Mind*, e bem assim na sua atividade ao serviço da Escola que representa, J. Frank procurou elucidar que mesmo ao longo da extensão do raio de ação da Filosofia do Direito inexistente, no momento da aplicação do Direito, uma cabal certeza jurídica, que seja capaz de ceder lugar a uma inquestionável uniformidade jurisdicional.

De acordo com este autor, a sentença compõe-se de inúmeros aspetos importantes. No entanto, há um elemento que sobreluz de forma distinta aos demais elementos, sobressaindo no seu conjunto, e que é o aspeto da personalidade do Juiz que dimana a sentença. Na decisão judicial que profere, o Juiz deixa carimbado o semblante da sua educação, dos seus valores, os

⁹⁰ *Apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 18.

seus vínculos familiares e pessoais, a sua posição política, económica e social, assim como o seu perfil emocional e temperamental.

Friedrich Stein, na sua obra *El conocimiento privado del juez*⁹¹, oferece uma perspetiva extremamente crítica do ponto de vista assumido pelas teorias “juridicistas”, relativo aos atos jurídicos, e que se consubstancia, precisamente, na ideia de que toda a conjectura extra-jurídica é uma fonte de influência sempre presente em qualquer ato jurídico. Stein aventura-se, desta maneira, no espinhoso tema doutrinal do circunstancialismo em que os elementos não jurídicos de um determinado processo podem, ou não, e em que medida estar legitimados e fundamentados juridicamente e bem assim ser parte integrante de uma sentença.

Stein nega peremptoriamente que a sentença decorra silogisticamente de uma premissa maior de carácter jurídico e de uma premissa menor de índole fática, sem mais; isto é, este autor, na teoria que vem apresentar, concede total licença à entrada na formação do ato de sentenciar daquilo a que designou por “máximas da experiência”, máximas, estas que resultam da agregação de todas as informações adquiridas pelo Juiz no âmbito do seu próprio universo extra-processual, do próprio doutrinamento ideológico. Nesta medida, Stein ensina que o Julgador deve ser encarado “como um mediador entre os ideais jurídicos e a realidade concreta, como um fazedor de silogismos tão peculiares como os de qualquer outro, ao qual podemos pedir honestidade e rectidão moral mais do que correção num raciocínio que deveria adequar-se a algum suposto cânone de procedimento mental que nos asseguraria a consecução da verdade”⁹².

Ora, perante esta diversidade de aspetos não causa estranheza a evidente inexistência de uniformidade e certeza no mundo jurídico, sendo certo que o puro equilíbrio apenas se alcançaria com um exercício da judicatura por pessoas litografadas, autómatos da Lei e do Direito, o que, necessariamente, seria uma tarefa inglória e vazia.

Uma outra ideia é ainda colocada em destaque por este autor e que se prende com a forma como os Juízes apreendem as informações que ao longo dos julgamentos lhe vão sendo facultadas – e que para o que aqui releva tem imenso interesse. Nas várias sessões de julgamento os Juízes alcançam os factos constituintes do litígio com base na análise de documentos, na audição de testemunhas e de pareceres feitos de peritos; ou seja, apreendem todo um vasto conhecimento por via indirecta. Nessas circunstâncias é inevitável, mesmo que inconscientemente, que o Juiz exale variadas emoções e sentimentos de empatia, ou não, perante uma das partes,

⁹¹ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, (1893, 1990 – tradução) *apud* SACA, Ana e RODRIGUES, Andreia, “Reflexões sobre o papel da experiência do Juiz na tomada de decisões judiciais”, *in* Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 8, 2009, p. 156.

⁹² *Apud ibidem*, p. 156.

sobretudo quando de depoimentos se trata, nos quais, entre o Juiz e testemunha, sempre se estabelece uma certa envolvimento, mesmo que involuntária.

“As experiências anteriores do julgador também podem acarretar reações inconscientes favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo. Esses preconceitos, que podem ser involuntários ou inconscientes, afetam a memória ou a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes.”⁹³

E sem mais se explana, no parágrafo supra, a verdadeira transformação que se opera quando o agente jurisdicional interpreta os dados que conhece por interpostas pessoas, os quais procura conjugar com a letra da Lei e com as suas íntimas concepções, enquanto pessoa, ser humano, que é.

Ainda na senda da influência do psiquismo do Juiz na Sentença, Miguel Reale, jusfilósofo contemporâneo brasileiro, muito embora pouco realce dê ao psicologismo jurídico, o qual considera reducionista, não nega a influência da humanidade do Juiz na sentença. Na perspectiva do que defende este autor, a sentença não pode subjugar-se a um mero jogo lógico dedutivo, pelo que, este ato jurisdicional será tanto melhor compreendido quanto mais uniforme resultar a reunião destes planos. Não há outra forma de expressão do conteúdo de uma sentença, que não o próprio fruto de um juízo valorativo, que é moldado por toda a sua experiência pessoal e profissional, assim como por toda a carga valorativa de que se reveste a sua personalidade, não deixando, por isso, de sofrer uma enorme pressão no momento de julgar, porquanto a consciência de que deve ser imparcial face à causa dos outros, procurando repor-se num lugar que não é o seu, não é de gestão íntima fácil.

Paralelamente, Renato Nalini⁹⁴, Juiz de formação e carreira, salienta o seguinte: “habitantes de um século gelado, em que saber e paixão são estocados em gavetas distintas da alma, preferimos a distância protetora ao envolvimento. Acreditamos, mais que nunca, que a paixão cega. Não podemos mais tomá-la pelo que de fato é: uma fonte de iluminação”⁹⁵.

⁹³ *Apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.* p. 22.

⁹⁴ Renato Nalini é Conselheiro da Escola Paulista de Magistratura.

⁹⁵ NALINI, José Renato, “O juiz, o mundo exterior e a produção da justiça”. In *Revista dos Tribunais*, RT, São Paulo, julho de 1994, p. 281, *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 23.

Com toda a sua sensatez e conhecimento de causa, Nalini tece raciocínios importantes neste aspeto, nomeadamente refere que “o juiz deve proferir a sentença com sentimento e não se reduzir a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria”⁹⁶.

E mais acrescenta este autor que, muito embora não se exibam registos referentes a estudos sobre a psique dos Julgadores e/ ou o seu génio psicológico, a verdade é que a sua estruturação pessoal, familiar, social e religiosa sempre se encontrará refletida no texto e contexto das sentenças que emana.

Este *judex*, alongando-se nas suas contemplações, apela ainda a que se implemente um sistema de apoio psicológico para os Juizes, para assim ajuda-los a fazer face ao desgaste provocado pelo exercício da profissão. Por outro lado, este apoio psicológico teria ainda como finalidade extra proporcionar aos Julgadores a oportunidade de contactar com os seus intrínsecos preconceitos e vulnerabilidades, desta maneira percecionando-se na sua inata sensibilidade e humanidade.

Por certo que esta noção de si mesmo melhor conformaria a prestação do Julgador no seu ofício, visto que a lente que rasa sobre a imagem do Juiz num qualquer processo posterga totalmente a sua entidade pessoal; o Juiz é temido aos olhos das partes, deveras respeitado pelos Advogados e deve ser esquecido por si mesmo, enquanto pessoa. Todavia, na verdade o que é evidente para todos estes intervenientes do processo é todo um entendimento sobre um determinado sistema jurídico friamente processualista e racional, que impõe – ou intenta impor – sobre todos os Juizes uma atuação frígida, dogmática e neutral.

Em parceria com Lídia Reis de Almeida Prado também não é intento do presente trabalho de análise fomentar o encómio do psiquismo jurídico – corrente do século XX que defendia o entendimento do Direito com base numa visão essencialmente psicológica -, pois, a verdade é que as margens da complexidade do fenómeno jurídico estendem-se muito para lá dos limites da Psicologia; a imensidão do Direito embasa todas as referências da Psicologia, da Antropologia, da Política, da Moral, da Ciência, entre outras áreas do saber. Neste sentido, também não deve o Juiz ser entendido como um *supra sumo* do Direito e do processo que dirige; a sua atuação deve ser moderadamente compreendida num campo, cuja delimitação se encontra bem definida pelos termos da própria tramitação processual jurídica e ainda pelas linhas de orientação do psiquismo do Julgador. Antes de emanar as suas Sentenças, ao Juiz não cabe somente a tarefa de apreender

⁹⁶ NALINI, José Renato, “A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos”. *Irr. Revista do Supremo Tribunal Federal*, Lex, março de 1997, pp. 6-10, *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, op. cit. p. 24.

os sentidos possíveis da Lei, pois também sobre ele impende perceber os factos que se lhe apresentam na composição de um litígio a dirimir, sendo certo que a forma como estes são apreendidos assume um maior peso na concreta decisão desse mesmo litígio, porque, enquanto a interpretação legislativa goza sempre de uma margem de flexibilidade por parte do Juiz, com base na qual adapta os seus sentidos possíveis, é certo que a mesma faculdade já não lhe assiste quando de fatos em concreto se trata.

No mais, no que concerne à tomada de decisões judiciais em concreto, Hogarth⁹⁷ lançou mão de um estudo sobre o momento jurisdicional e chegou à conclusão de que o Juiz, muito embora possa aderir à filosofia geral da Lei, o mesmo já não acontece, ou raras vezes acontece, quando se trata da sua aplicação efetiva/ prática. De um modo geral, os critérios a ponderar na decisão da aplicação de uma pena não são priorizados sempre da mesma maneira; para cada caso, consoante o grau de consistência das filosofias, por exemplo, penais assumidas por cada Juiz influenciará em muito o grau de compatibilidade entre as necessidades e os direitos dos arguidos e a própria proteção da comunidade, o que, inevitavelmente vai determinar o sentido da sentença a emanar.

Esta é uma via possível; aliás, é uma das vias que, neste trabalho de análise, merece não só o elogio da sua grandeza, como colhe a sua aceitação e concordância no mesmo; nada mais coerente que entender que as decisões judiciais são um prolongamento e o espelho dos estilos filosófico-legais individuais dos seus Julgadores. Tudo se resume a uma questão de objetivos sócio-legais encarados e perseguidos por cada Juiz, aos quais revelam com clarividência as diferenças entre cada Juiz.



Contributo da Psicologia Analítica e da Teoria dos Tipos

Psicológicos de Carl Gustav Jung:

“O inconsciente não é manhoso nem mau, é natureza simultaneamente bela e terrível.”

“A tipologia psicológica não tem a finalidade, em si bastante inútil, de dividir as pessoas em categorias, mas significa antes uma psicologia crítica que possibilite uma investigação e ordenação metódica dos materiais empíricos relacionados à psique. É, antes de tudo, instrumento crítico para o pesquisador em psicologia que precisa de certos pontos de vista e diretrizes para ordenar a profusão quase caótica das experiências individuais.”

CARL G. JUNG*

⁹⁷ HOGARTH, J., “Sentencing as a human process”, Canadá: University of Toronto Press in Association with the Centre of Criminology, 1971.

⁹⁸ “Carl. G. Jung (1875-1961) nasceu em Kesswil, pequena localidade da Suíça alemã. Era filho de Johann Paul Achilles Jung (1842-1896) e de Emilie Preiswerk (1848-1923).” “No ano de 1900, após formar-se em medicina, Jung decidiu especializar-se em psiquiatria, tendo para tanto,

Em face do abalo sofrido na hegemonia do Racionalismo no início o século XX, várias verdades, tidas como absolutas e herdadas da apologia da razão, foram questionadas perante a chegada de novas concepções sobre o mundo, que vieram anunciar uma realidade escondida na sombra das teorias científicas e filosóficas do Racionalismo. Sobre o manto escuro do dogmatismo da razão sempre se encapotaram diversos tipos de realidades, tais como as sociais, políticas, económicas e ainda, num outro patamar, as psicológicas e todos os demais saberes empíricos.

Ao sabor da corrente das transformações teóricas e conceituais iniciada após o decaimento do Racionalismo, vários autores como Freud e Carl G. Jung – no âmbito do pioneirismo deste século - vieram introduzir noções e conceitos verdadeiramente inovadores, para assim cientificar e completar a ciência psicológica, enquanto autêntica instituição deste século visionário.

A Freud coube explorar e ensinar o conceito de inconsciente, por contraposição à razão, sendo certo que em tal empreitada o fio condutor da mesma sempre foi a justificação da insuficiência da Razão face ao inconsciente, pois a base informativa da consciência, diferentemente do que sempre se constou, sempre residiu – como competiu a Freud demonstrar – num incomensurável mundo localizado abaixo da linha da consciência, isto é, num nível de conhecimento não manipulável. Atualmente, é identificado como o pai da Psicanálise⁹⁹.

Por outro lado, a Jung coube perscrutar, um pouco mais, o mesmo conceito de inconsciente, assim recortando-o do seu primário contexto, o individual, com a finalidade de o transpor e encaixar num tecido mais alargado, o coletivo. A ideia de Jung consistiu, nas palavras de Lídia Reis de Almeida Prado, no seguinte: “Se o inconsciente pessoal constitui-se do material reprimido na história de vida do indivíduo (assim como o inconsciente freudiano), o inconsciente coletivo tem origem anterior, pois é uma estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e contém padrões de funcionamento que dão à nossa espécie qualidades específicas”¹⁰⁰.

Para erigir esta renovada concepção Jung foi colher matizados ensinamentos a outros autores, de entre os quais serão de salientar Schopenhauer, e a sua ideia de vontade como força

conseguido uma vaga num dos mais renomados centros psiquiátricos então existentes, o Hospital e Clínica Universitária Psiquiátrica Cantonal de Zurique, mais conhecido como Hospital Mental Burgholzi, onde ficara até 1909” – BAIR, Deirdre, *JUNG, uma Biografia*, 2 vols., trad.: Helena Londres, Editora Globo, São Paulo (SP), 2006, *apud* KHALIL, Antoin Abou, *A personalidade do Juiz e a Condução do Processo*, São Paulo (SP), Antoin Abou Khalil, 2011, p. 4.

⁹⁹ Segundo Freud: “A psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica [...]. A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão frequentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência [...]”. A psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar” – FREUD, Sigmund, *Cinco lições sobre a Psicanálise*, vol. XVI das Obras completas, Rio de Janeiro, Imago, 1998, p. 15, *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, op. cit. p. 31.

¹⁰⁰ *Apud Ibidem*, ob. cit. p. 31

motriz que comanda a vida; Hartman e o seu princípio inconsciente e teológico subjacente; assim como em Platão recuperou a tese das ideias que antecedem a experiência e que são uma dádiva dos deuses, deixando-se influenciar pela mesma; por último, de igual forma foi beber às lições de Kant, mais concretamente da sua ideia de percepção *a priori*. Ora, no seu conjunto, todas estas reflexões contribuíram significativamente para a arquitetura da teoria Junguiana, não só no que concerne à noção de inconsciente coletivo (como já se referiu), mas também na elaboração do conceito de arquétipo, que foi desenvolvido por este autor no ano de 1919, muito com base na própria compreensão de arquétipo apresentado também por Schopenhauer, e que se destina a designar as formas originais de todas as coisas que nunca se transformam.

No entanto, em termos concepcionais, Jung distanciou-se bastante de todos estes filósofos, visto que o seu entendimento de arquétipo foi mais longe, incluindo em si mesmo a génese das experiências fundamentais, ou melhor dizendo, a própria promoção das mesmas. Também fez incluir no seu âmbito de significação os instintos, tendo inclusive afirmado ser “o inconsciente coletivo a soma dos instintos e seus correlatos, os arquétipos”. Mais afirmou que “na medida em que os arquétipos intervêm no processo de formação dos conteúdos conscientes, regulando-os, modificando-os e motivando-os, eles atuam como instintos”. E ainda que: “há uma opinião pouco lúcida de que o inconsciente coletivo é uma ideia metafísica. Trata-se, isso sim, de um conceito empírico, que deve ser equiparado ao conceito de instinto”¹⁰¹.

De uma forma simplificada, os arquétipos de Jung definem-se como sendo, e mais aqui citando as harmónicas palavras de Lúcia Reis de Almeida Prado: “(...) predisposições humanas típicas para agir, pensar e sentir, sendo que cada pessoa, na sua individualidade, pode vivenciá-las particularmente. Existem tantos arquétipos quantas são as situações típicas na existência da humanidade, ou seja, seu número é ilimitado.”¹⁰²

De acordo com o excerto supra transcrito, Jung nada mais pretendeu que proporcionar o cotejo de uma realidade que habita na consciência de cada ser humano e que não é um arquétipo herdado na sua forma original e individual, mas antes toda uma forma legada de representação psíquica, cuja intelecção só se adquire quando pensada coletivamente.

Esta conotação dos padrões de Jung dá conta de que certos aspetos verdadeiramente capitais para o giro da vida humana são uma constante, independentemente do tempo e do espaço em que sejam evocados. A Justiça é um excelente exemplo de protótipo que, desde os

¹⁰¹ SAMUELS, Andrew, *Jung e os pós-junguianos*, Rio de Janeiro, Imago, 1989, p.45-65, *apud* PRADO, Lúcia Reis de Almeida, *op. cit.* p.32.

¹⁰² *Apud ibidem*, *op. cit.*, p. 32.

mais primórdios tempos, se revela de variadas maneiras no inconsciente coletivo e que é exportado para o exterior por todos os meios humanamente passíveis de expressão e comunicação.

Ora, essa referida transposição das imagens dos arquétipos constantes do consciente coletivo é operada por meio do chamado processo de individualização – termo em tempos idos já explorado também por Schopenhauer – e que, nada mais pretende significar que a própria necessidade do Homem representar as suas concepções num contexto individual, para assim mesmo, se procurar diferenciar do coletivo.

A Psicologia Junguiana ou Psicologia Complexa através de um conceito mais alargado da libido freudiana, bem como pela introdução de conceitos aparentemente antagónicos entre si, como o de “inconsciente colectivo” e de “individualização”, conseguiu mostrar a necessidade e a forma como o Homem percebe e organiza a estrutura básica da sua vida psíquica.

O conceito de inconsciente coletivo ao contrário do sentido das animadversões apontadas por vários dos seus críticos não se resume ao conjunto de memórias herdadas coletivamente, mas antes à forma como o Homem, na sua individualidade, organiza funcionalmente as suas predisposições psíquicas. Dito de outra forma, esta expressão de Jung concentra na sua essência a carga de arcar com a convivência dos inversos e a maneira como essa gestão e representações são, efetivamente, encaradas pelo Homem no seu presente.

Para o desenvolvimento desta teoria junguiana muito contribuíram os estudos e conhecimentos de Jung na área da alquimia, assim como da própria mitologia e ainda do estudo comparado das mais diversas religiões, a nível mundial, as quais entendeu e deu a conhecer como evidentes formas de auto-representações de processos psíquicos inconscientes.

Esta teoria junguiana dos tipos psicológicos é observada como uma ótima ferramenta de trabalho para a investigação e compreensão do próprio psiquismo dos Julgadores na sua produção jurisdicional, visto que é com base nas informações e organizações funcionais que residem no repositório do psiquismo de cada pessoa que se arquitetam, não só as memórias herdadas da coletividade em que cada um se encontra inserido, como também se opera o fenómeno da individualização de que aqui já se deu conta. Por observação realizada sobre vários indivíduos, Jung apercebeu-se e registou os comportamentos humanos em concreto, mas também analisou, assinalou e, posteriormente, traçou o perfil da produção/ concepção intelectual de cada indivíduo e que também se traduziria na expressão do tipo/ padrão de personalidade de cada um.

No que concerne em específico ao dito fenómeno da individualização, Jung sustenta ainda que para a concretização da individualização o indivíduo necessitaria assimilar quatro funções

essenciais, a saber: sensação, pensamento, intenção e sentimento. A individualização pode ainda ser entendida como o processo psíquico de compreensão do mundo, assim se identificando com o primeiro mecanismo de auto-regulação individual.

Ora, no exercício da jurisdição o Juiz, necessariamente reflete o seu tipo psicológico, isto é, a categoria que lhe corresponde no computo da categorização elaborada por Jung, que o identifica de acordo com a sua própria auto-regulação no mundo.

Sem dúvida que a concepção psicológica junguiana se inclui num psicologismo bastante exacerbado; todavia, a ideologia que transparece não deve ser ignorada, sob pena de se perder de vista uma orientação, um norte, que potencia sempre uma otimização do trabalho dos profissionais do Direito e confere uma maior margem à crítica construtiva.

Parafraseando ainda Jung: “As quatro funções são algo como os quatro pontos cardeais, tão arbitrários e tão indispensáveis quanto estes. Não importa que os pontos cardeais sejam deslocados alguns graus para a esquerda ou para a direita, ou que recebam outros nomes. É apenas questão de convenção e compreensão. Mas, uma coisa deve confessar: não gostaria de perder nunca mais esta bússola em minhas viagens de descoberta. Não só devido ao fato muito natural e humano de que cada qual ama suas ideias, mas devido ao fato objetivo de que, com isso, temos um sistema de medida e orientação que torna possível o que nos faltou por muito tempo: uma psicologia crítica.”¹⁰³

Esta teoria dos tipos psicológicos de Jung sempre se assumirá no contexto jurídico, com destaque para a jurisdição, como um combinado de conceitos psicológicos que contribuirá significativamente para a compreensão da personalidade do Juiz e das suas sentenças num contexto mais alargado e que integra em si o sub-contexto da consciência humana.

Nesta ordem de ideias, com bastante pertinência se apura ainda, neste sub-capítulo, o aspeto da confrontação entre o próprio Juiz e a sombra da sua própria personalidade, com o propósito de entender como é celebrada a gestão interior deste missionário do Direito. Na sua paradigmática expressão de pensar, atuar e sentir, ao Juiz é atribuído um rótulo de acordo com a teoria dos tipos Junguianos; esse tipo, ou arquétipo, transforma-se ao ritmo da inata transformação da consciência do ego que, por seu turno, é ditada pelo tempo da história. No decurso natural dessa transformação está implícita a imagem coletiva, mas em permanente reconfiguração, das

¹⁰³ “Tipos Psicológicos”: conferência pronunciada no encontro de médicos de doentes mentais, Zurique, 1928 – integra, na qualidade de ANEXO, a edição brasileira da obra *Tipos Psicológicos*, op. cit., pp. 497-498 *apud* KHALIL, Antoin Abou, op. cit., p. 25.

profissões socialmente aceites e que vai moldando o conteúdo do próprio ego, assim como a sombra do profissional do Direito.

Por esse mesmo motivo, Lídia Reis de Almeida Prado entende e assume como desejável que o Juiz mergulhe profundamente na imensidão da sua sombra e com a mesma estabeleça um contato consciente, a fim de reconhecer o ser humano que é. Além do mais, o Juiz que melhor conhecer a sua sombra oferecerá um melhor e mais exímio serviço à comunidade para a qual trabalha, pois este profissional julgará qualquer infrator sempre consciente do possível infrator que reside dentro de si também. A este Juiz consciente Lídia R. A. Prado designou de “julgador-julgado”¹⁰⁴.

No ato de julgar vai ainda o Juiz projetar-se, inconscientemente, na realidade do litígio que lhe compete dirimir; no entanto, nessa ligação entre julgamento e projeção está presente o dito espectro do Julgador, que atua como complicador da tarefa de sentenciar. Daí a advertência de Lídia Reis de Almeida Prado quanto ao bem conhecer e apreender os seus inatos conhecimentos sombrios, para, bem assim, melhor filtrar esses mesmos componentes evitando a sua nefasta projeção.

Para concluir esta reflexão sobre a influência da sombra do Juiz no processo judicativo-decisório, de salientar, por último, que é no ambiente familiar e afetivo que o Juiz melhor toma contato e absorve o devido conhecimento sobre a sua sombra. É imprescindível que o Juiz seja bafejado no âmago das suas relações extra-profissionais de amor e afeto, que seja presenteado com momentos e interações que lhe permitam observar e viver situações bem distintas daquelas que vivencia em contexto profissional, na presença de infratores. Essa interação permite-lhe contactar diretamente com a *anima* – denominação atribuída por Jung para o conjunto de qualidade femininas que integram o inconsciente do homem, cujo correspondente masculino é o *animus*, e que estabelece a correspondência entre o consciente e o inconsciente – ainda padece de alguma repressão social, pois o atual arquétipo coletivo é o de que o homem não deve deixar influir na sua conduta os seus instintos e sentimentos.

Já no período pós-junguiano vários autores no rasto do que foi legado teórica e doutrinariamente por este autor, defenderam vivamente a utilização da emoção no ato de julgar, porque se trata de uma faculdade psíquica, mas como historicamente se apresentava associada às personagens femininas, sempre causou, por isso, uma certa repulsa pelo sexo masculino, que não se permitia à utilização nas suas condutas, sobretudo no próprio ato de julgar.

¹⁰⁴ *Apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.* p. 46

Na verdade, o que pretendo aqui asseverar e, por fim, concluir, é simplesmente que, uma Justiça equitativa, bem fundada e fundamentada, harmónica e equilibrada está sempre dependente de uma homogénea fusão entre os atributos próprios da “justiça feminina” de Jung, a *anima*, isto é, a impressão do sentimento do Juiz no momento do julgamento, e o *animus*, com o qual se identifica a “justiça masculina” do Juiz e que se pauta pelo entendimento de um sistema judicial unicamente definido pela norma jurídica.



A Psicologia Judiciária:

A par com o próprio Direito Criminal surge a Psicologia Judiciária, enquanto ciência que visa concorrer para uma ativa e eficiente defesa e proteção social.

Em termos genéricos, a defesa e proteção social estão tanto mais garantidas quanto mais respeitados socialmente forem os limites impostos pela Lei, sendo certo que, em termos práticos, tudo se resume ao seguinte cenário típico: identificação do agente infrator e aplicação da sanção legalmente prevista ao mesmo.

Sucedem, contudo, que o contexto real e concreto da resolução de conflitos entre partes não se coaduna, nem pode coadunar-se, com tal simplicidade, sob pena de, fatalmente, se ignorar todo um conjunto de factores do foro subjetivo e extrajudicial, os quais compõem toda a visão que, ao longo da presente dissertação, tenho vindo a dar conta.

Ora, na esteira desta mesma ordem de ideias é de todo pertinente e oportuno incluir na composição da presente reflexão os estudos realizados por Enrico Altavilla no âmbito desta ciência, que subsidiariamente endossa muitos e importantes elementos ao Direito, sobretudo para a prática judiciária, velando por uma Justiça mais adequada e equitativa também.

O que competirá, de facto, à Psicologia Judiciária no contexto do Direito? Ou questionando de outra forma: qual a incumbência desta ciência no contexto jurídico?

Em três se dividem as finalidades atribuídas a esta ciência que, congregando em si mesma os vários estudos e conceitos desenvolvidos pela Psicologia, coloca ao dispor do Direito uma lente mais humanista da atividade judiciária. Assim, compete-lhe, em primeiro lugar, descobrir e dar a conhecer as razões que subjazem concretamente e em específico a cada decisão judicial, sendo que para chegar a tais ilações, estes Psicólogos canalizam os seus esforços no sentido de captar e entender a fundamentação de facto e de Direito contemplados nas sentenças sob análise. Este intento é tanto mais concretizável quanto mais eficaz resultar o trabalho de comparação encetado

sobre o edifício da jurisprudência. Há de igual modo uma investigação de campo dirigida à compreensão das tendências decisórias de uma determinada época, ou mesmo os sentimentos e/ou as ideias que ditam a percepção de Justiça e a consequente interpretação da Lei e dos princípios jurídicos.

Em segundo lugar, cabe à Psicologia Judiciária aquilatar as mais idóneas condições para a prolação de uma sentença, consistindo este no exato objeto desta ciência.

Por último, cabe na área de atuação desta ciência um estudo profundo e congregado dos traços psicológicos do Juiz, passíveis de análise no exercício da atividade jurisdicional. Desse mesmo estudo, não só são identificados os vários perfis assumidos pelos vários Julgadores, como ainda, tal estudo, possibilita uma constante reavaliação do sistema e do recrutamento dos candidatos à Magistratura.

Na sua obra *Psicologia Judiciária*, mais concretamente no segundo volume da mesma, intitulado *Personagens do Processo Penal*, Enrico Altavilla particulariza com esmero toda a labuta psíquica e emocional das personagens participantes na cena jurídica, com especial destaque para o fenómeno do julgamento com a prolação da sentença. Na verdade, há toda uma apreciação/investigação detalhada sobre os vários lances de que se reveste o processo judicativo-decisório, especialmente no que concerne à envolvência psíco-emocional de todas as suas personagens.

Desta compilação de estudos e investigações será aqui refletida com elevada ênfase a especial envolvência psicológica e emotiva do Juiz.

Enrico Altavilla começa por enunciar a definição e respetivas características do juízo constante de uma sentença e que, seguidamente, se enuncia: “O juízo é a manifestação de uma opinião sobre um facto e sobre os seus atributos. Quando é emitido por um juiz, no exercício da sua profissão, tende a apurar a existência de um factor-criminoso, a individualização do seu autor e das modalidades da acção com relevância jurídica, de modo a fazer coincidir aquele facto com uma hipótese de infracção, e constitui a «sentença»”. Esta é, por conseguinte, constituída por um conjunto de relações coordenadas num sistema lógico¹⁰⁵, que tende a uma escolha dos elementos probatórios, deduzindo de um facto, na sua realidade natural, os elementos necessários à estruturação do crime e das suas circunstâncias. Nesta escolha, que tende a concretizar uma hipótese, influi não somente a personalidade do juiz, com as suas experiências, mas também a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência, que, se por um lado favorece o processo

¹⁰⁵ DELACROIX, *Traité de Psychologie*, por G. Dumas, Alcan, Paris, 1936, t.v, p. 123, *apud* ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia Judiciária – Personagens do Processo Penal*, II Vol., Almedina, Coimbra, 2003, p. 475.

lógico, por outro contém a insídia da confusão, numa inexistente uniformização de casos heterogêneos”¹⁰⁶.

Neste excerto de apenas um parágrafo, Altavilla compila uma série de fatores essenciais à formação de base do próprio juízo jurisdicional, fatores esses que foram passados também em revista ao longo de toda a presente Dissertação. No entanto, não pode deixar de ser elogiada a forma simples, mas solene, como o autor sintetiza algo de tão grande complexidade.

Ao que parece também, e conforme já Hoffding aludiu, este referido juízo é sempre influenciado e, até mesmo, motivado por uma certa orientação que a inata intuição do Juiz lhe confere *a priori*, fruto de uma breve e quase que inconsciente associação de ideias e que, neste primeiro momento de contato com o caso em concreto se transforma numa espécie de esboço da futura Sentença a proferir.

Desta feita, a intuição é um fenómeno intelectual que é nem sempre surge apartada do sentimento, ao contrário do que muitos teóricos pretenderam estipular, tais como Jung. Como bem refere Altavilla, “(...) a atitude sentimental não é mais que o colorido da intuição, que, por sua vez, pode derivar de uma síntese fulminante de experiências anteriores”¹⁰⁷.

A realidade que é percebida pelo Juiz - ou por qualquer pessoa -, não lhe advém no seu estado mais puro; melhor dizendo, muito embora seja colhida na sua forma original, é inevitável a sua transformação quando tal conteúdo passa pelo crivo dos sentidos e dos processos psíquicos do agente que a receciona, porquanto aquilo que é a sua essência, o seu estado original, é sempre transformado em algo construído e maculado. Também Descartes ignorava esta certeza quando enaltecia a evidência como forma de afastar o erro. No entanto, já Sollier reflectia e afirmava o que se segue: “a evidência assim concebida não passa de uma crença mais irracional, mais intuitiva, mais impulsiva que qualquer outra e essencialmente ligada ao estado afectivo do sujeito”¹⁰⁸.

Com base na certeza que a crença não passa, como se apurou, de uma adesão a uma realidade aparente, é na mesma linha de pensamento de Hellwig¹⁰⁹ que também aqui se afiança que uma Decisão Judicial será tanta mais reta quanto mais abonada for pelo justo equilíbrio entre a inteligência, a vontade e a sensibilidade do Julgador.

¹⁰⁶ *Apud* ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, p. 475.

¹⁰⁷ *Apud* *Ibidem*, *op. cit.*, p. 476.

¹⁰⁸ SOLLIER, *Le doute. Leçons faites à l' Université Nouvelle de Bruxelles* (1908), Alcan, 1909, p. 9, *apud* *ibidem*, *op. cit.* p. 476.

¹⁰⁹ HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung*, Der Gerichtssaal, 1914, p.6 *apud* *ibidem*, *op. cit.*, p. 479.

No que concerne ainda à intuição de referir que ela é o mais completo repositório da memória humana, porquanto concentra em si todas as informações trazidas pelas experiências de vida, assim como todo o legado transmitido pela coletividade e, por isso mesmo, funciona como um eco do inconsciente no próprio consciente do Juiz, precedendo a qualquer raciocínio analítico. Vezes há também em que a intuição se reproduz tão fortemente no pensamento do Juiz que a sua projeção fica cristalizada no pensamento do Juiz, moldando-o.

Posto isto, e avançando agora para a análise do contexto do julgamento, cenário que comporta toda a cena jurídica do processo judicativo-decisório, não poderia deixar de ser evocada a seguinte ideia de Platão: “Julgar é recordar-se de um mundo inteligível em que todas as ideias, que entram no julgamento, são desenvolvidas numa imutável e indecomponível unidade”. De fato, o que caracteriza, indubitavelmente, um julgamento judicial não é a circunstância e a cerimônia que lhe dá lugar e substrato, mas antes a labuta intelectual que ali mesmo se tece e desenrola.

Ao Juiz foi delegada uma imensa e árdua tarefa judicial, que se consubstancia na seleção dos fatos e dos termos de Direito, cuja conjugação em termos sintéticos se configure numa perfeita união, a qual é, convencionalmente, denominada de sentença. Ora, esta operação carece de um profundo e inteligente tratamento mental de dados, uma vez que, analogamente a uma expressão matemática, todos esses dados, quer fáticos, jurídicos ou psíco-emocionais têm a sua cota de participação no resultado final. Em termos práticos, e procurando neste ponto fundir os contributos da Psicologia, na vertente da Psicologia Judiciária, e da Neurociência, o processo intelectual do Juiz resume-se a quatro operações fulcrais: **decomposição de elementos, análise, assimilação e síntese**.

Em termos sintéticos, ou que, pelo menos, se procura que sejam simples, mais compreensível será este processo intelectual ou cognitivo do Juiz, se o mesmo for observado como o produto final que descende, primeiro de toda uma visão holística lançada pelo Juiz sobre o processo judicial, da qual é feita a recolha das características do mesmo, e depois, em segundo lugar, de uma análise pormenorizada sobre os aspetos mais salutareos da contenda colhida e que lhe conferem a sua própria condição determinante.

No mais, a verdade não pode ser negada face à evidência de que já Prezolini advertiu e que reflete o seguinte: “Uma pessoa que já tem em mente ‘como se devem ter passado as coisas’, acreditará, por orgulho, mais na mentira que lhe dá razão, do que na verdade que lhe nega, e preferirá ser enganada, a ver ofendido o seu amor próprio”¹¹⁰. Senão vejamos, quantas não são as

¹¹⁰ PREZZOLINI, *L'arte di persuadere*, Lumarchi, Florença, 1908, p. 10 *apud* ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, p. 486.

vezes em que em sede de julgamento, partes e testemunhas são submetidas a questões premeditadamente colocadas pelo Magistrado condutor do processo e com todo um fio condutor que denota, o mais das vezes, a já construída convicção do Juiz.

Ora, nesta lógica, e de forma obstinada, permanece uma só indagação, a de saber qual a concreta influência da personalidade do Juiz na sentença. Em termos práticos será possível discriminar esse contributo pessoal do Juiz nas suas Demandas Judiciais?

A verdade é que, quanto a este específico aspeto, parece existir uma séria unanimidade no seio da comunidade dos Psicólogos dedicados a este ramo da Psicologia, pois o entendimento geral destes estudiosos rumo no sentido da inegável interpretação da sentença como o espelho que retrata a personalidade do seu Juiz; em termos práticos, o que se colhe do sumo espremido de uma sentença judicial é o próprio convencimento que motivou o Julgador a decretar o conteúdo daquela sentença num determinado sentido que não noutro.

Por isso mesmo, foi Stern quem, já em tempos idos, definiu e apelou à atenção para a seguinte categorização dos Juizes, visto que não são todos do mesmo “tipo”: “o decidido, o hesitante, o prudente, o superficial, o subjectivo e o objectivo”¹¹¹.

Não caberá aqui lugar, nem mesmo em pouca palavras, à descrição das características de cada um destes tipos de Juizes, pois esta descrição extravasaria o propósito da questão fundamental deste capítulo. Sem embargo, uma maior primazia será, de seguida, atribuída a uma análise sobre os condicionamentos sociais e ideológicos do Juiz nas suas sentenças.

Ora, quando o assunto se prende com o estudo dos condicionalismos que podem impressionar a Sentença, esse mesmo estudo não pode ocorrer dissociado do entendimento a apurar sobre a palavra de ordem no âmbito da prática judiciária e que é a imparcialidade. E não pode, porquanto é na penumbra deste conceito principiológico que se estende a atuação dos órgãos judiciais e se abriga e protege o Princípio da Confiança e da Segurança Jurídica. Por tudo isto, é de forma eminente que, de imediato, a interrogação nasce: afinal, o que é realmente a imparcialidade?

A primeira resposta, e também a mais comum de todas as possíveis, indica que a imparcialidade – baluarte do sistema jurisdicional – se consubstancia na elaboração de um juízo de valor que deve incidir sobre todo o apanhado vertido e registado nos autos de processo judicial,

¹¹¹ STERN, *Ueber Psychologie der individuelle Differenzen*, cap. X, Leipzig, 1900, *apud* ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.* p. 489.

desonerado de qualquer condicionalismo e/ ou fator potenciador de desequilíbrio da neutralidade, pedra angular da mediação judicial perpetrada pelo Juiz.

As regras da lógica cedidas ao Direito demandam que o Julgador, na sua missão de julgar, se reja pelos ditames do raciocínio lógico, assim se espectando uma operação rigorosamente coerente. Sucede que este conceito de imparcialidade, assim descrito, tange com o da desumanização, no qual não tem lugar a participar, nem as ideias, nem as vivências pessoais do Juiz. Este é o típico ensinamento positivista em que o exclusivo e unilateral critério é o da vontade da Lei.

O elemento desestabilizador deste rigorismo jurídico, ou pretensão rigorismo jurídico, centra-se numa constante que é a liberdade do Juiz, que penetra na cena jurídica como elemento invasivo e ofuscante da expressão lógico-dedutiva do juízo judiciário.

É, contudo, no âmbito desta liberdade que se aglutinam as concepções socioculturais que influem na psique do Juiz e transformam a sua visão sobre cada caso em concreto, o que, necessariamente determina que para cada litígio em concreto, mesma que contenda em termos jurídico legais seja a mesma, os factos sejam idênticos de caso para caso, não exista uma só solução jurídica e de forma pré-determinada. A personalidade do Juiz é enformada pelos moldes conceituais e pré-conceituais sociais, familiares, relacionais, profissionais, políticos, emocionais, genéticos, entre outros, em que este está imbuído. O conjunto de todos esses componentes constituem a atmosfera que envasa e informa a personalidade de cada Juiz, que reside na sua génese e que ressoam ao longo de cada processo judicial, condicionando a orientação da sentença de cada proferir.

Numa boa percentagem das vezes os casos a decidir e as penas a aplicar são no sentido imposto pela vivência e experiências pessoais e profissionais dos Juizes; senão que se atente no conjunto das vezes em que os Magistrados impelem as partes para a obtenção de acordos, fazendo questão de frisar que das últimas experiências em casos do mesmo género, o acordo resultou de forma eficaz, pelo que clamam repetidamente a seguinte e até gasta expressão: “Mais vale um mau acordo que uma boa demanda”. É caso para perguntar, mas afinal, em que é que ficamos?

Ora, não se pretende com isto condenar esta atitude jurídico-conciliatória dos Julgadores de Direito; sem prejuízo, sempre será de enfatizar que tais atitudes, como as que ficam aqui registadas denotam, claramente, sempre que aplicadas em concretos casos, a forma como cada Juiz interioriza, interpreta e procura resolver cada caso em mãos.

Para o desfecho deste capítulo fica a tentativa de resposta à questão: e a verdade? Qual o lugar que é conferida à verdade na prática judiciária?

Ao que parece, e por tudo quanto nesta dissertação ficou exposto, a verdade no contexto da prática judiciária fica subjugada ao resultado prático da aludida expressão matemática em que se converte todo o fenómeno lógico-dedutivo, interpretativo e psíco-emocional do Julgador, pois a verdade não é vivenciada por todos os intervenientes processuais da mesma maneira e amplitude; o Juiz jamais partilhará da mesma verdade material que em si vivenciaram os litigantes processuais e que em sede de julgamento procuram, desesperadamente, partilhar; a verdade que é conhecida pelo Juiz não é uma verdade peneirada, isto é, não é uma verdade essencial, pelo contrário, é uma verdade, na grande maioria das vezes ofuscada, demasiadamente remexida e explicada.

A ser assim, será sempre feita verdadeira Justiça?

A verdadeira Justiça é toda aquela que é possível, sendo certo que à volta da medida do possível e até do verosímil sempre pairará uma nuvem de incerteza e constante descontentamento, que naturalmente sempre despoletará crítica, pois esta é a Justiça do possível, concebida à medida do Homem, da sua irónica errada maneira de estar em permanente descontextualização no mundo.

A Justiça e a verdade de mãos dadas continuarão na génese do pensamento coletivo, contudo jamais ultrapassarão a medida do humanamente possível.

E é aqui mesmo, neste ponto, que se destaca um dos grandes cernes do ponto de tangência entre a Psicologia e o Direito, pois, não obstante o Psicólogo Forense, no âmbito das suas investigações e investidas sobre o dessecamento e tratamento detalhado de cada um dos componentes da sentença, seja rotulado como um inquisidor de casa alheia o seu contributo para a descoberta e a compreensão de inúmeros aspetos é ignoto aos olhos da maioria da comunidade jurídica, é toda esta labuta que não permite uma acomodação ao próprio processo decisório, mas antes compreendendo as suas particularidades. Trata-se de fomentar uma maior verticalidade e uma leitura instruída sobre o processo de decisão judicial.

Capítulo V – Qual o perfil ideal do Juiz no atual panorama de crise de valores?

“O juiz não deve se sentir representante do governo, mas um “educador”, representando o membro cultural.”

ANTÓNIO JOSÉ MARQUES

O mote sobre o qual se procura indagar e tecer alguns pronúncios ao longo deste último capítulo versa sobre o atual panorama de crise de valores, panorama este bastante característico da própria contemporaneidade, perante o qual se deseja perceber qual o perfil ideal do Juiz na sua veste de mediador entre a Justiça e a sociedade.

Este, porém, não se afigura como um desafio nada acessível, porquanto a intrínseca complexidade do tema, assim delineado, esboça, desde logo, a necessidade de um enquadramento diferenciado de duas problemáticas, mas cujo tratamento não deve ser dissociado, e que são, portanto, a atual crise de valores e a crise da Justiça.

No que respeita à crise de valores, como primeira reflexão expõe-se aquela que já Helena de Fátima Gonçalves de Castro expressou: “Alguém chamou à ‘crise de valores’ a ‘reviravolta dos valores’”. De facto, hoje estamos confrontados com uma diversidade de atitudes face aos valores tradicionais: os que pura e simplesmente os negam; os que alteram a sua ordem; os que permanecem demasiado tempo indecisos; os que lutam para compreender o sentido da vida”¹¹².

É, precisamente, nesta mescla de desorientação de sentidos, sentimentos e atitudes face ao conjunto dos valores tradicionais que os indivíduos vão pautando a sua vida em sociedade atualmente.

A expressão de ordem do nosso século é a de crise social; é a expressão que dá nome ao flagelo do presente acometimento económico e social que tem desencadeado o desmoronamento das estruturas do propugnáculo sócio-valorativo e cultural, mau grado alguns dos índices económicos e financeiros correntes reflitam uma favorável evolução. Trata-se de uma crise que se manifesta especificamente no rompimento das malhas empresariais e nas consequências adjacentes, tais como o desemprego e a falta de produção industrial nacional; também o sobreendividamento que tem empolado as ações de cobrança por cheques sem cobertura; a erupção da criminalidade muito ligada a crimes de roubo e furtos, assim como o consumo de estupefacientes e álcool também tem a sua quota parte neste degradamento da pirâmide valorativa da vida em sociedade.

¹¹² CASTRO, Helena de Fátima Gonçalves de, “Para uma civilização ética”, in *Cadernos de Bioética*, Edição do Centro de Estudos de Bioética – Bioética entre o desejo e o interdito – Patentes – Ciências da comunicação social, Ano XII, n.º 33, Ago/Set de 2004, P. 110.

Valores que aparentemente possuíam bem sedimentadas na sociedade vigorosas raízes vêm-se agora morrer; uma especial referência ao valor da honra da palavra dada, da responsabilidade do compromisso assumido, do respeito pelo outro e sua liberdade de atuação. Enfim, a escrupulosidade que deveria imperar entre os indivíduos tem-se vindo a apagar e, inerentemente, a ceder lugar ao orgulho e ao bastião da salvaguarda dos interesses de si próprio em detrimento dos problemas e dificuldades dos outros. Em termos práticos, o que se pretende asseverar é que hodiernamente impera também, numa larga percentagem dos casos a velha, mas muito atual, ideologia da lei do menor esforço.

Este é um fenómeno tipicamente sociológico; faz parte da mudança dos tempos e das vivência, pois já dizia, e coberto de razão, o Poeta que “o mundo é composto de mudança”; e faça à mudança as pessoas vão criando estratégias de adaptabilidade de forma a acomodar-se, sendo certo que todo esse processo de assimilação e acomodação à transformação potencia uma seleção diferente dos valores a devotar. É como se de um estado de necessidade se trata-se.

A conjuntura assim descrita engrandece a procura da intervenção judiciária, quer pela via civil, quer pela via penal, quer pela via laboral e até administrativa, pois os valores já não falam mais alta nas conciliações extra-judiciais de fazer valer os seus direitos, pois ninguém está disposto a ceder ou a aceitar os seus erros.

Alcançadas estas considerações estão reunidas as condições para entender a crise na justiça e os aspetos negativos que lhe têm sido severamente apontados e servido de argumento para a comunicação social atenta, crítica e persistente que muita tinta faz correr sobre a Justiça portuguesa.

É verdade que a crise da justiça surgiu primitivamente à crise social e até institucional; não obstante, certo é que esta crise é um fato que existe e resiste.

A crítica que reitera no cômputo das demais críticas apontadas à justiça portuguesa é a insuficiência de reformas em termos de qualidade, entenda-se, e não de quantidade, o que se rebate numa constante inadaptabilidade da justiça e suas instituições a uma sociedade cada vez mais efervescente e ainda num claro desajuste da labuta forense completamente desadequada à realidade. Por tudo isto, a incapacidade de apresentar oportunas respostas perante as litigâncias embasadas pelas mudanças de uma sociedade acelerada, quer em termos científicos, tecnológicos, comunicacionais, económico e financeiros, seja, naturalmente, ao nível da mentalidade e de valores.

Sem prejuízo, é inegável que nos tempos que correm, e fazendo um balanço entre o passado e o presente, a vida dos Juízes é bem mais árdua hoje. Esta afirmação não se baseia tanto na dilúcida exigência de cultura profissional e resistência física e moral, reiteradamente colocados à prova perante a diversidade sugestiva das questões suscitadas, bem como da constante mutabilidade da Lei, mas antes e sobretudo pela atmosfera de crescente desacreditação nas intuições, em geral, e em particular, nas jurídicas, e que paira sobre a missão dos Juízes. Verifica-se assim uma mediática pressão sobre o papel da justiça na sociedade, no qual figura como cabeça de cartaz o Juiz, a quem se alastra a desconfiança, ou não fosse este o agente que, supostamente, pronuncia a Lei.

Isto visto, a questão com a qual se deve rematar todas as ilações até plasmadas converte-se na seguinte: que perfil deverão os Juízes assumir face à atual crise de valores? Deverá ser promovida uma revisão nos critérios de seleção dos candidatos à magistratura? Afinal, que tipo de Juízes devem existir hoje?

Durante vários anos, séculos até, sempre se considerou como essencial ao desempenho completo da tarefa de julgar um determinado conjunto de requisitos, tais como qualidades pessoais e uma certa atitude bem gerida entre o inato e a objetivada para atingir a devida educação social, para além dos devidos conhecimentos técnicos satisfatoriamente adquiridos para o desempenho da profissão.

Na verdade, a Magistratura sempre se deixou emergir à tona dos contornos absolutamente legais, sem deixar perceber o demais conteúdo escondido abaixo da linha do visível e desejável.

Ocorre, porém, que esta descrição sob a forma de marca de água da profissão de Magistrado está a perder a sua credibilidade, para além de que se pressente, cada vez mais intensamente, uma necessidade de adaptabilidade ao contexto de crise atual.

Nalini, com base no diligente trabalho de aperfeiçoamento da formação dos Juízes, entende que os requisitos a somar para se formar um bom e idóneo Julgador são a “bizidez psíquica e o interesse pela natureza humana”¹¹³.

O mesmo autor, ao discorrer sobre o Magistrado e a comunidade, assevera que, e aqui pegando nas palavras utilizadas por Lúcia Reis de Almeida Prado, “o juiz moderno deve ter, como pressuposto básico para o exercício da função, uma especial percepção do homem e da realidade,

¹¹³ NALINI, op. cit., p. 85 apud PRADO, Lúcia Reis de Almeida, op. cit., p. 23.

sendo necessário que, na preparação dos julgadores, as Escolas considerem o temperamento, a experiência da vida e o carácter”¹¹⁴.

Por seu turno, Lídia Reis de Almeida Prado, no âmbito da sua obra já aqui citada, dedicou, exclusivamente, um capítulo ao papel e contributo que as instituições que dirigem a formação dos Magistrados devem assumir no próprio desenvolvimento dos mesmos enquanto profissionais do Direito. Para introduzir a sua exposição a longo de tal capítulo, Lídia citou as seguintes palavras de Jung: “Quem olha para fora sonha; quem olha para dentro acorda”. Em tão poucas palavras se constata uma reflexão tão profunda.

E não será desta mesma consciência que a atual crise na Justiça, implicitamente despoletada pela atual crise social e de valores, está necessitada? Ou perguntando de outra maneira: não será numa concepção mais humanista a adotar na formação dos Juízes que residirá a solução para o hodierno cenário de crise?

O que se tem, efetivamente, verificado ao longo dos últimos anos é que, de facto, e não obstante os avanços apanhados pela Psicologia na ressalva do conhecimento interior do indivíduo, em paralelo com o devido conhecimento da realidade exterior, ainda se experimenta uma forte renitência quanto à exploração sobre mundo interior individual, sobretudo quando tal conhecimento se prende com o exercício de uma profissão, tal como a de Juiz. Será receio de misturar mundos paralelos e indissociáveis? Ou receio de descobrir a imensidão do interior humano?

Quer seja receio num sentido quer noutro, qualquer um destes receios deverá ceder lugar à visão de Cary Baynes, quando se referiu ao dissenso entre a ciência e o espírito: “o espírito deve apoiar-se na ciência, como o seu guia no mundo da realidade e a ciência deve retornar ao espírito em busca do significado da vida.”¹¹⁵

O tradicional modelo de formação académica, adotado na organização formativa da Magistratura, atenta a relevância do papel do Juiz para a sociedade, sempre se pautou por um grande incentivo à memorização acrítica dos textos doutrinários, legislativos e também jurisprudenciais, assim sempre negando margem ao estudo do foro íntimo e pessoal de quem julga. Desta forma se corrobora a evidente impreparação deste convencional modelo de ensino para refutar as alterações e as pressões sociais sentidas nos últimos anos, as quais,

¹¹⁴ NALINI, José Renato, “O magistrado e a comunidade”, In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, maio de 1991, p. 229, *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 23 e 24.

¹¹⁵ BAYNES, Cary, *O Segredo da Flor de Ouro, Introdução ao livro de Jung*, *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida Prado, *op. cit.*, p. 96.

gradativamente têm calçado por um novo protótipo de Juiz. A este novo tipo de Juiz, Lídia Reis de Almeida Prado denominou de “juiz racional-emocional”¹¹⁶.

Munida de uma vasta visão que se estende pelo campo do Direito e da Psicologia, esta autora encerra na sua obra toda uma abordagem crítica sobre o atual modelo de ensino da Magistratura no Brasil, país de sua nacionalidade e formação. No entanto, as longínquas balizas da sua visão promovem-na a um patamar superior, no qual a visão holística alcançada não permite só a partilha e defesa de uma opinião crítica, como permite a apresentação de soluções, o que é sempre notável.

Ora, é nesta base que Lídia Reis de Almeida Prado vem sugerir um novo modelo de ensino na Magistratura. Trata-se, portanto, de promover e generalizar uma aprendizagem baseada naquela que já é ministrada na Escola de Magistratura de Mato Grosso do Sul, por exemplo, e que se distingue pela interdisciplinaridade que proporciona. Na verdade, tal ensino consubstancia-se na oportunidade de debate entre a própria Justiça e as atuais contendas sociais, próprias da contemporaneidade, não só do ponto de vista exterior – opinião pública –, mas também e em conjunto com uma cuidadosa análise do foro psicológico do Juiz, a fim de que, dessa forma, mais facilmente seja possível aproximar Julgador e julgados.

No fundo, o que a autora vem propor – proposta essa que, desde já, aqui aceito e reconheço como próspera – é uma educação ao nível da Magistratura afeta e dedicada à combinação perfeita, ou pelo menos possível, entre os diversos ramos do Direito, e respetivas as doutrinas, assim como uma exigente e bem estimulada reflexão sobre os verdadeiros flagelos sociais que despoletam as contendas jurídicas, que integram e condicionam a missão de julgar.

Ora, esta não é só a opinião de Lídia Reis de Almeida Prado, pois Marinoni partilha da mesma opinião e, no que respeita aos cursos de preparação da Magistratura, sustenta, aliás, o seguinte: “devem fornecer não só formação jurídica, mas também conhecimentos extrajurídicos e preparação psicológica adequada”¹¹⁷.

Não me parece de todo descabida a implementação e uniformização de tal modelo de ensino, considerando que a Magistratura é uma profissão que, à semelhança de muitas outras, se envolve necessariamente com as diversas “calamidades” sociais, como o não pode deixar de ser o apedutismo, a pobreza e a miséria, os conflitos por desajustamento social e conflitos coletivos, o preconceito, entre outros. A lide direta com todos estes problemas sociais é uma constante na vida

¹¹⁶ Apud PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷ MARINONI, Luís Guilherme, *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo (SP), RT, 1993, p. 52-53 apud PRADO, Lídia Reis de Almeida, *op. cit.*, p. 99.

de qualquer Juiz, pelo que, quanto maior e melhor for o tratamento e o esclarecimento proporcionado quanto os aspetos psicológicos do Juiz, mais facilmente o mesmo perceberá toda a envolvência e carga emocional que se desencadeia, existe e subsiste em cada contenda judicial.

Talvez, assim, com um modelo mais humanista, e diria, até, antropológico, de ensino e preparação dos futuros Julgadores, bem mais de perto se alvitaria uma mais estreita relação entre Justiça e verdade, não apenas no tratamento e tramitação do processo judicial, mas também na decisão a adotar para o mesmo.

“(...) a neutralidade é uma falsa idéia que envolve a figura do magistrado e que deve ser temperada diante da certeza de que o ser humano é susceptível de emoções que interferem, de modo contínuo, na sua atuação”¹¹⁸.

A veracidade vazada na consideração supra transcrita é incontroversa e, inerentemente, incontornável. Com base nessa impressão, creio que quanto mais informado e versado for o diálogo estabelecido entre os Julgadores e os julgados, que se pretende estreito, melhorada se apresentará a relação judicial, assim como inusitadamente se divisará uma aperfeiçoada tutela dos direitos.

É esta a verdade judicial que se pretende; uma verdade que não se deseja formal e legalmente apodítica, pecando pelo tradicional ceticismo e falso neutralismo do Magistrado, mas antes uma verdade temperada pelo possível e pelo sentimento e emoção, pois, só assim se prestará uma adequada prestação jurisdicional.

Hoje, é fulcral operar-se uma efetiva cisão com o tradicional, falso e imponente neutralismo do Juiz, mero aplicador da Lei, distante das partes e da sociedade, porquanto o mesmo nunca existiu plenamente; nenhum Juiz consegue julgar uma contenda judicial, qualquer que esta seja, apenas envergando a sua veste profissional. O negro da beca que cada Juiz enverga em todas as sessões de julgamento a que preside não é suficientemente escura que possa esconder a essência do homem que julga; a beca representa apenas o profissional que o é, e que, naturalmente, deve ser respeitado como tal, pela árdua missão que desempenha ao serviço da Lei, que domina o conhecimento técnico; contudo, quem julga, fá-lo camuflado pela ciência e pela técnica que adquiriu, estudando, mas não o faz sem o seu íntimo, se quilo que é e que pensa, muito embora utilize os conceitos técnicos para encapsular, muitas vezes, aquilo que sente.

¹¹⁸ NALINI, José Renato, *ob. cit.* p 29 *apud* PRADO, Lídia Reis de Almeida, *ob. cit.*, p. 103.

O que almejo deixar plasmado neste capítulo é que este é o momento social e judicial para que aos julgamentos e ao tratamento das questões jurídicas, em geral, presida a consciência de que é deveras importante ter presente que os factos acontecidos são sempre vividos de forma diferente por quem deles fez parte integrante e ainda por quem deles conhece, com o fim de equilibrar a situação desigualada causada por tais fatos; por isso, a verdade desse equilíbrio será tanto mais real quanto mais tolerante for a interpretação dessas situações; isto é, a plenitude do equilíbrio a alcançar será tanto mais autêntico quanto mais tolerante for a interpretação das realidades alternativas possíveis na ótica de cada agente sobre cada situação em concreto.

A comunidade jurídica despreza, ou tem vindo a desprezar, os sentimentos, os afetos e as emoções nas relações judicativo-decisórias, pois, entende que assim salvaguardará a imponência do edifício da Justiça. Não obstante, não é mais este o protótipo de Justiça e de Julgador que se deve protelar. Os flagelos sociais clamam pela adoção de um modelo de Juiz mais humano e, assim mesmo, mais adequado ao tempo vigente.

Capítulo VI – Notas em tom (nunca) conclusivo

I - A génese da problemática: a legitimação da atividade judiciária

1. Iniciei o presente estudo procurando plasmar em traços bem rasgados a origem da problemática sobre a qual me propôs debruçar, a qual passa por perceber em que consiste a atual crise da legitimação da atividade judiciária, reportando-a para o processo judicativo-decisório, enquanto último reduto da atividade judiciária e momento a partir do qual se estabelece a comunicação entre o Direito e a Justiça e entre estes e a sociedade para a qual se encontram institucionalizados, sem prescindir de procurar compreender de que forma a própria humanidade do Juiz influencia, ou pode influenciar, a orientação das sentenças a emanar.

2. São várias as premissas que servem de base ao início de tal reflexão, sendo certo que aquela que mais se destaca é a que se coloca sob a forma de interpelação: “Podem as «más pessoas» ser bons juizes?” Com base na consciência de que o fenómeno processual judicativo-decisório, composto pelo binómio **Juiz-sentença**, não se compõe somente de aspetos normativos e lógico-formais, mas também de um vasto conjunto de elementos subjetivos, o que convoca toda uma perspetiva humana e individual da sentença, imperioso se verificou esmiuçar esta realidade que fica refletida, como marca de água, nas sentenças judiciais.

3. A mudança de paradigma que se operou e enraizou na viragem do século XIX para o século XX registou o instante a partir do qual se instalou a crise da atividade judiciária, porquanto, à luz do novo século, os baluartes institutivos do século transato, fundados e forjados no Positivismo Jurídico, perderam a sua vitalidade e vigência. O século XX presenteado pelos novos conhecimentos concebidos e ofertados pelas Ciências Sociais no seu seio a desabrochar, negou vislumbrar-se como um mero legatário das reflexões daquele período histórico centrado apenas na questão essencial da forma como o Direito podia assegurar os direitos dos cidadãos, conferindo-lhes garantismo.

4. O século XX assumiu-se como o tempo da vanguarda, voltando-se para a reflexão de questões de mais arrojada índole e que extravasam largamente o ponto de vista normativo e demasiado centrado na atividade do Legislador, enquanto redator do texto da Lei, típico pensamento do Positivismo Jurídico novecentista. Este século procurou enaltecer e estudar questões que, até ao momento, estavam relegadas para um segundo plano, tal como era o caso das sentenças judiciais, sobretudo no que concerne ao seu processo de construção, pois,

diversamente daquilo que era popularizado pelo Positivismo Jurídico, as sentenças judiciais não se tratam de meros atos mecânicos, formais e decorrentes de um processo judicial organizado e racional.

5. Este século XX colocou em causa a imponentia, a eficácia e a própria eficiência do modelo Jurídico Positivista. Através de uma observação crítica, os jusfilósofos do século XX, não só apontaram as insuficiências do modelo jurídico do século transato, como ainda, de forma inovadora chamaram à colação todo um conjunto de reflexões sobre a imperatividade da fundamentação das sentenças judiciais que, nos séculos volvidos, era totalmente infundada e, por isso mesmo, dispensada, bastando-se a sentença por si só, enquanto puro ato de autoridade judicial. Assim, o século XX primou por ter iniciado o debate sobre o enfoque que deve ser atribuído à importância da distinção que existe entre a decisão judicial e a sua fundamentação, uma vez que não são uma e a mesma coisa, debate esse que foi legado ao século XXI.

6. O que o século XX pretendeu modificar foi, essencialmente, o *modus operandi* simplista, pragmático e funcional da prática judiciária que herdou do século que lhe antecedeu. O estado de “pureza” com que os positivistas almejaram tipificar o Direito, limitando-o o objeto ao direito positivo, desenvolvendo e alimentando doutrinas e teorias fundamentalmente formais e sistemáticas, foi encarado como mera utopia, porquanto a principal conclusão a que os pensadores do século XX chegaram foi a de que o Direito não se basta a si mesmo, não é auto-suficiente em si mesmo, razão pela qual não existe em estado puro e em condições de poder rejeitar os demais saberes que existem fora da sua esfera, assim como se procurou apartar inteiramente do direito natural no auge do Positivismo Jurídico.

7. Os flagelos causados pelos acontecimentos da II Guerra Mundial foram lastimáveis exposições dessa insuficiência do Direito, sobretudo no que respeitou à protecção dos direitos fundamentais, na época. O panorama de guerra vivido consciencializou os Filósofos e os Juristas dessa época da necessidade de adopção de um renovado pensamento jurídica, mais vocacionado para a importância da comunicação entre o Direito os novos saberes, soluções e explicações, produtos das demais fontes e ramos do conhecimento, nomeadamente das novas áreas de agnição em surgimento nesta mesma época, como a Psicologia, enriquecedores de todo o edifício jurídico.

8. Indagou-se atingir neste século XX uma feição e uma consciência mais humanista do Direito, procurando atentar e relevar determinados aspetos em particular, como o próprio ato decisório e o seu agente, o Juiz. Não mais, assim, pretendeu este século XX permanecer na

omissão e até negação sustentada pelo Positivismo Jurídico, deste aspeto tão humano e naturalista da demanda judicial, uma vez que ao decidir o Juiz decide com tudo o que é: homem e técnico do Direito, conhecedor e sabedor dos princípios a que está obrigado pelo próprio sistema judiciário, mas também enquanto pessoa humana, moral e social que é.

9. Neste ponto em concreto muito contribuíram os ensinamentos das ciências naturais, tais como a Neurociência e a Biologia, a par, naturalmente, com a Psicologia e a Sociologia, entre outras áreas do saber, que explicam a imanente natureza humana que sempre fica impregnada nestes nos atos jurídicos e jurisdicionais.

II – O nosso século enquanto legatário do dilema

10. Do ponto de vista filosófico – ponto de vista que se arroga no Direito como o fio condutor do pensamento jurídico –, a conspeção que impera é a de que o Direito é uma obra inacabada, pelo que toda a tarefa jurídica se compõe de variadíssimos elementos - humanos, sociais e científicos -, num conjunto de esforços somente canalizados para reforçar os alicerces do edifício jurídico.

11. No entanto, a estrutura infinitamente incompleta do Direito sempre encontrará a pairar sobre si uma atmosfera de crise institucional, que clama insistentemente por “reforma”, o que inviabiliza o alcance de um estado de puro equilíbrio. Na verdade, o permanente estado do Direito é o contexto de labuta pelo alcance do limbo do tempo e da mudança, isto é, do mínimo equilíbrio possível, sempre tendo em vista um estado de equilíbrio imaculado e perfeito entre as estruturas do Direito e da mudança da circunstância social.

12. Ora, o presente século, na dinâmica da mudança das conjunturas, é, todavia, mais um tempo em transmutação. Vive-se a viragem da era da modernidade para aquela que veio designar-se por *pós-modernidade*, ou, também, *modernidade tardia*, uma vez mais fruto da emergente e permanente crise das matrizes estruturais da sociedade, sendo certo que a conveniência deste conceito de *pós-modernidade* assenta também no problema que se tem vindo insistentemente a colocar sobre a própria autonomia do Direito hoje, bem como do significado dessa autonomia no cômputo da realidade histórico-cultural e humano-social, no qual se discute qual o sentido do Direito para a sociedade hodierna.

13. O que vem retratado nos textos dos jusfilósofos hodiernos é o desejo de se alcançar é um maior compromisso entre os sujeitos do Direito com o mesmo, procurando exteriorizar a urgência de se incrementar uma nova ótica a adotar frente aos institutos jurídicos, ainda adeptos e reprodutores da ideologia positivo-legalista, cuja preocupação quanto aos efeitos produzidos no

caso concreto sempre se revela quimérica, mas que sempre se tem apresentado protegida sob o véu da aparência da certeza e da segurança jurídica.

14. De salientar que, neste momento de crise, a bandeira que se deve içar é a da reflexão sobre a legitimidade do poder judiciário no que concerne à produção e aplicação da Justiça, na medida em que o que verdadeiramente se encontra em crise é a própria dogmática jurídica, pois que, ainda amarrada ao texto da Lei e ao monopólio da produção normativa, se desvia, inevitavelmente, das práticas e necessidades sociais.

15. Assim, não pode negar-se a intrínseca interdependência entre o sistema jurídico e todos os demais sistemas, como o social, o político, o económico, o científico, o ético, entre outros, para informar o Direito e suas instituições. É este diálogo que a Filosofia deste jovem século XXI propugna e que pretende ver cada vez mais amadurecido.

16. Por outro lado, no cômputo dos múltiplos fatores que constituem o Direito destaca-se o processo de comunicação humana, naturalmente patente no exercício do Direito e mais evidente na prática judiciária, atento o fenómeno dialético do cariz enunciativo e comunicativo da decisão judicial. Desta feita, a tarefa de fundamentar uma decisão judicial, requer uma cuidada e minuciosa análise, assim como um perspicaz manuseamento dos critérios linguísticos patentes no texto da Lei, sobretudo em termos hermenêuticos, para os quais se exige uma emergente revisão dos métodos interpretativos, tendo em conta o novo paradigma jurídico que abnega a obtenção de sentenças apenas com recurso a uma mera relação lógico-dedutiva, baseada em princípios genuínos de racionalidade, de subsunção dos factos à norma jurídica.

17. Ora, esta dinâmica e imensidão de concepções e juízos a ter em conta no momento da prática decisória não é compaginável com a teoria puramente lógico-dedutiva, com carácter único e eficaz, através do qual, cumprindo-se um conjunto ordenado de premissas e etapas, seja possível alcançar, como pretendeu Dworkin “uma única e igual resposta dentro do ordenamento jurídico (...)”.

18. No mais, e com respeito à natureza humana da decisão judicial, quase tudo quanto há a dizer sobre este ponto se pode resumir ao seguinte: o Direito não subsiste sem natureza humana, assim como, por sua vez, a natureza humana somente adquire forma e evidência no exato momento em que o Homem concebe e apela às instituições do Direito. O Direito é um produto essencial e naturalmente humano e vale para sempre como tal. A sentença na sua qualidade de último reduto da atividade judiciária e verdadeiro ato de comunicação e de inteligência da norma, emanada pela pessoa do Juiz, é algo natural e perfeitamente humano. Está aqui patente também a

ideia de direito natural que reside no plano ontológico da atuação humana e intimamente ligado à realização da liberdade.

19. O Juiz julga com o reportório dos valores que a sua própria natureza humana lhe imprime e julga com base na realização da sua liberdade, enquanto homem que é. Em boa verdade, o Juiz para sentenciar raciocina estabelecendo a correlação necessária entre o seu conceito de justiça, os valores sociais e os factos, a fim de alcançar uma sentença que seja, essencialmente justo, o que, por outro lado, não invalida o facto de o Juiz decidir de forma inovadora e sentida.

III - A comunhão do Direito com as ciências sociais

20. O século XXI dimanou de toda uma conjuntura dinâmica e propícia ao conhecimento e à constante confluência de saberes a que o século anterior deu início e procurou desenvolver legando ao novo século um projeto de conhecimento inacabado. O que enaltece este plano de conhecimento é precisamente a abertura à confluência entre ciências de várias áreas, em cujos distintos objetos de estudo sempre se descobrem aspetos de complementaridade e entendimento.

21. O dilema da racionalidade jurídica resulta da abertura do Direito à convergência de estudos realizados e conhecimentos cedidos por outras ciências, como as cognitivas e as neurológicas, que por meio de rigorosos estudos efetuados sobre a mente e o cérebro, explicam de que forma e com recurso a que instrumento fisiológicos funciona o cérebro humano, sobretudo no momento da tomada de decisão, sendo certo que este fenómeno se pauta pelos limites da racionalidade, da emoção, do espírito e do cérebro, factores que operam em uníssono e de forma indissociável entre si.

22. No âmbito do Direito, contudo, estas descobertas e partilha de saberes não valem por si só; isto é, são vazias se não forem devidamente trabalhadas e confrontadas com outros vetores como a Moral, a Ética, a Hermenêutica Jurídica, com os conceitos de voluntarismo e determinismo da acção, assim com o conceito de verdade, sem os quais também se verifica inviabilizado o caminho para alcançar e concretizar o processo judicativo-decisório, na exata medida em que é, precisamente, com todos estes ingredientes que se emanam decisões judiciais.

23. No que à Moral, à Ética, à Justiça e ao Direito respeita, enfatizado ficou que as suas noções e concepções são legados históricos e geracionais, de cunho sociocultural, que vão sendo transpostos sequencialmente por outras que se moldam pela transformação dos tempos, e que, como que residem no código genético de cada indivíduo e que estão subjacentes às ilações perpetradas pelo indivíduo legatário das mesmas. Com efeito, estes registos funcionam como

substrato à atuação do Homem e que preside aos seus raciocínios e processos decisórios, sobretudo os judicativo-decisórios.

24. A interpretação jurídica é, por seu turno, o jogo que se processa no espaço conferido ao vínculo e à liberdade, à rigidez e à flexibilidade, à lógica do provável e à lógica do razoável, no qual o intérprete convoca toda a sua preocupação ética e valorativa, assim como as suas preferências e intuições morais, que harmoniza numa efetiva aproximação e confluência entre o mundo objetivo que se pretende no Direito e a subjetividade imanente ao Homem.

25. Do que ficou vertido quanto à ação humana e respetivas teses do determinismo e do voluntarismo sobre a mesma, é o agente da ação que sempre se encontra no epicentro desta reflexão. Reportando o teor das teses voluntaristas e deterministas para o Direito concluiu-se que a ação de julgar se aproxima mais do voluntarismo da ação, porquanto o Juiz dispõe de margem para atuar livremente, tanto no momento em que escolhe realizar a missão de julgar, assim como é com autonomia que dirige as audiências de discussão e julgamento a que preside. No mais, é igualmente com autonomia que o Juiz desempenha a sua tarefa de exegeta do Direito, não só seleccionando os factos que lhe são apresentados a julgamento, mas também no momento em que molda a sua convicção.

26. O lugar da verdade no seio do Direito apenas tem lugar na medida do humanamente possível, pelo que se asseverou ser quimérico ou mesmo utópico buscar-se e crer-se numa verdade absoluta que sustente robustamente o processo jurídico. No decurso de um qualquer julgamento apenas se somam convicções fundadas em verdades pessoais, perante as quais sempre é possível realizar um juízo de descrença na absoluta veracidade factual e, por inerência, justa.

IV – A Comunicação entre o Direito, a Neurociência e a Psicologia

27. De entre as linhas de investigação da interdisciplinaridade vertidas nesta dissertação, coube explorar nos meandros da Neurociência a explicação que faltava ao Direito e que se prende com o entendimento do processo mental da decisão, com base no qual foi igualmente estabelecido o devido paralelismo com o processo mental de decisão judicial.

28. Segundo o que ficou derramado neste trabalho e de acordo com a perspetiva do neurocientista António Damásio, no que concerne à compreensão da atividade e comportamentos humanos na tomada de decisão, não é possível decidir sem a perfeita interligação entre a razão, a emoção e o organismo, sendo certo que o correlato físico dessa dinâmica tem a sua sede no cérebro humano.

29. A partir do estudo do caso real de P. Gage – indivíduo portador de lesão no lobo pré-frontal – (entre outros casos de pacientes com lesões no lobo pré-frontal, que é o reservatório físico das emoções), Damásio conseguiu provar que o emblemático “erro” do filósofo Descartes, foi, precisamente, o de não ter enquadrado no processo decisório a participação das emoções a par com a razão, assim como a sua inevitável exteriorização corpórea. Na verdade, não existe uma verdadeira e perfeita cisão entre corpo e mente, pelo que corpo e mente estão estritamente conetados. É falso, portanto, o dualismo cartesiano, de acordo com o qual a alma – razão pura -, existe independentemente do corpo e sobretudo das emoções.

30. Na gestão destes sistemas neurológicos encontram-se também envolvidos tanto as emoções, como os sentimentos, sobretudo dedicados à parte do processamento de sinais do corpo.

31. O ato de julgar não pode, assim, resultar unicamente das inferências realizadas pelo Julgador com base nos conhecimentos técnicos logrados no âmbito da sua formação académica em Direito. Na prolação da sentença, o Julgador imprime conjuntamente nos seus juízos, com mais ou menos intensidade, as suas convicções, as suas ideologias e a sua própria mundividência; enfim, todo o reportório de elementos que inculcam as suas emoções e que se expressam por meio dos seus sentimentos; sentimentos esses que são evocados à presença de toda a realidade fáctica sobre a qual é imperioso julgar e decidir.

32. O Juiz decide com todo o seu “eu” individual, repescando na sua base de dados neuronal os instrumentos necessários para conjecturar sobre as premissas de uma determinada situação. Na verdade, e como ensinou António Damásio, na execução do processo de tomada de decisões, o Decisor coloca toda a sua estrutura neuronal a funcionar, convocando, não só a razão, mas também as emoções.

33. Ora, no processo de tomada de decisão judicial não é possível alcançar uma pura e verdadeira gestão do contributo da motivação emocional e os demais elementos constituintes desse referido processo. Tal como se viu, há uma standardização de emoções padrão, tais como o são as emoções primárias, para as quais todo e qualquer ser humano reage sempre de uma determinada maneira. O equilíbrio “desequilibrante” entre a emoção e a razão são algo naturalmente humano e está fenomenologicamente presente em todo o processo de tomada de decisão judicial.

34. O surgimento da Psicologia na senda do Direito, em consequência da desvinculação deste perante a Religião e certas correntes da Filosofia, cuja fonte do saber se

tornou escassa em respostas, potenciou um tratamento científico melhorado das matérias de Direito, no âmbito do qual se fez incluir o próprio estudo da psique humana, para assim melhor compreender os agentes que cunham os vários ofícios do Direito, com especial meditação para o ofício do Juiz.

V – Qual o perfil ideal do Juiz no atual panorama de crise de valores?

36. A derradeira reflexão levada a cabo neste trabalho de análise prende-se com o atual panorama de crise de valores, cenário bastante característico da própria contemporaneidade, perante o qual se deseja perceber qual o perfil ideal de Juiz a perfilhar, na sua veste de mediador entre a Justiça e a sociedade, tendo em vista uma reviravolta no teor do debate de “crise”, isto é, no alcance de uma viável solução para a referida crise social.

37. Firmado também ficou o facto de que, muito embora a crise da Justiça preceda à crise social e até institucional, mutuamente, tais crises têm servido, mutuamente, de móbeis.

38. Destarte, verifica-se crucial repensar o conjunto dos valores sociais, assim como analisar e ponderar as atuais necessidades, imposições e premências da sociedade hodierna, face à presente conjuntura decadente económica e culturalmente. Urge repensar ainda sobre as estruturas jurídicas e na sua adaptação ao cenário vigente, o que passa, indubitavelmente, pela aprovação de um modelo jurídico mais humanista, com base no qual bem mais de perto se alvitaria uma mais estreita relação entre Justiça e verdade, não apenas no tratamento e tramitação do processo judicial, mas também na decisão a adotar para o mesmo.

39. Propõe-se, para tal, uma solução: um modelo de ensino e de apresto dos Magistrados mais vocacionado para a análise, compreensão e tratamento das questões psíco-emocionais ocasionadas no âmago das contendas sociais desembocadas em litígios jurídicos e com os quais os Julgadores lidam diariamente, por forma a captar a melhor maneira de geri-las, processo esse que passa pela compreensão emocional de si mesmo.

40. Sugere-se um sistema jurídico de cariz mais antropológico e naturalmente mais hábil no alcance da verdade judicial. Não se deseja uma verdade formal e legalmente apodítica, que continue a pecar pelo tradicional ceticismo e falso neutralismo do Magistrado, mas antes uma verdade temperada pelo possível, pelo sentimento e pela emoção, pois, só assim se prestará uma contribuição jurisdicional adequada.

41. É falso o imponente neutralismo do Juiz, mero aplicador da Lei, distante das partes e da sociedade, porquanto o mesmo nunca existiu plenamente; nenhum Juiz consegue julgar uma

contenda judicial, qualquer que esta seja, apartado da pessoa que é, nem mesmo envergando o negro da sua Beca, pois que esta não é suficientemente escura para esconder a essência do homem que julga.

42. Este é o tempo que clama por uma comunidade jurídica que não menospreze a subjetividade intrínseca das relações judicativo-decisórias, uma vez que não é mais este o protótipo de Justiça que se deve protelar. Os flagelos sociais apelam à adoção de um modelo de Juiz mais humano e assim mesmo, mais adaptado à normativa natureza da realidade humana.

43. Afinal, a relação que se pode estabelecer entre a humanidade do Julgado a verdade vertida sobre a demanda judicial por este emanada apenas tem lugar no campo do possivelmente humano, sendo certo que é a essência do Juiz que conduz a convicção que o mesmo constrói sobre a leitura e a tramitação processual que faz sobre o litígio a dirimir, o que leva a concluir, por tudo quanto ficou visto, que a única verdade jurídica que existe é a do Juiz que preside à condução do processo judicativo decisório.

43. Com tal ilação não se pretende negar a competente participação e a respeitosa envergadura das traves jurídico-normativas do Direito no processo judicativo-decisório, sem as quais, sem mais se desembocaria, fatalmente, numa anarquia jurídica, nem tão pouco apelar à arbitrariedade jurídica, o que necessariamente se manifestaria num verdadeiro descalabro. No entanto, propõe-se tão-somente que se reflita neste tipo de questões que podem estar na eminência da solução a adotar perante a atual crise de valores e crise social, intimamente ligadas à crise da legitimidade da atividade judiciária.

44. A implementação e uniformização de um modelo de ensino da Magistratura mais humanista, pensado e estruturado para compilar e ministrar, num só curso, as disciplinas do Direito e as demais disciplinas das ciências sociais, que deverá ser monitorizado por meio do diálogo, da exploração e da compreensão do foro psicológico do Juiz, bem como de uma análise sobre o campo emocional, seu processamento e consequente exalação das emoções embasadas nos litígios, pelos seus autores, poderá proporcionar aos Juiz uma maior percepção da dimensão da sua real envolvimento na resolução das contendas jurídicas e, dessa consciencialização, qual a melhor maneira de gerencia-la. Sem prescindir, essa compreensão psicológica dos litígios auxiliará, consequentemente, o Julgador a melhor compreender os julgados, seus ensejos e motivações.

45. Ora, é este o modelo de Justiça que proponho, porque é a humanidade do Julgador que sempre está e preside, inevitavelmente, à busca da verdade na demanda judicial.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA**, Enrico, *Psicologia Judiciária – Personagens do Processo Penal*, II Volume, tradução de Fernando Miranda, Coimbra, Almedina, 2003;
- ALTAVILLA**, Enrico, *Psicologia Judiciária*, tradução de Fernando Miranda, Coimbra, Almedina, 2003;
- ANACLETO**, Noémia Neves, “Legitimação do Poder Judicial”, in Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 8, 2009, p. 141-153;
- ARAÚJO**, Luís de, *Ética – Uma Introdução*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005;
- *A Ética como pensar fundamental – Elementos para uma problemática da moralidade*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1992;
- ATIENZA**, Manuel, *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*, Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo (SP), Brasil, Landy Editora, 2002;
- AZEVEDO**, Luís Eloy, *Perfil do Juiz: da modelação à crise de identidade*, in Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 4, 2008, p. 47-57;
- BARTOLOMÉ**, Plácido Fernández-Viagas, *El Juez imparcial*, Peligros (Granada), Editorial Comares, 1997;
- BERGSON**, Henri, *As duas fontes da moral e da religião*, trad. Miguel Serras Pereira, Coimbra, Almedina, 2005;
- BORGES**, Anselmo, *O Humanismo no Horizonte da Pós-modernidade*, in Revista do CEJ, n.º 3, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2.º Semestre, 2005, 7-20;
- BRITO**, José Henrique Silveira de, *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I. Kant*, Porto, Edições Contraponto, 1994;
- BRITO**, José de Sousa e, “Teoria da Justiça e Ética”, in Revista *Themis*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, ano VII, n.º 2, 2006, p. 7-13;
- BULYGIN**, Eugénio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, in ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugénio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991;
- CABRAL**, Ana Sofia / **MACEDO**, António / **VIEIRA**, Duarte Nuno, “Da Psiquiatria ao Direito, From Psychiatry to Law”, in Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 7, 2009, p. 185-196;

CADILHA, Carlos Fernandes, “Os poderes do juiz e o princípio da tipicidade das formas processuais”, in *Revista do CEJ*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 7, 2.º semestre, 2007, p. 21-31;

CAEIRO, António Miguel, *A formação dos magistrados na actualidade*, Porto, Edição Autor, 1980;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Julgar e Decidir. As invisíveis manchas da decisão nos «Tribunais Académicos»”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 1, 2007, p. 13-18;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Entre a justiça e a prudência, uma carta para o Centro de Estudos Judiciários”, in *Revista do CEJ*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 4, 1.º semestre, 2006, p. 7-16;

CARVALHO, Maria Clara Calheiros de, “Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos”, in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 114, ano 29, Abr. – Jun. 2008, p. 71-84;

——— “Verdade, prova e narração”, in *Revista do CEJ*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 10, 2.º semestre, 2008, p. 281-296;

——— “A base argumentativa na decisão judicial”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 6, 2008, p. 70-76;

CASTRO, Helena de Fátima Gonçalves de, “Para uma civilização ética”, in *Cadernos de Bioética*, Edição do Centro de Estudos de Bioética – Bioética entre o desejo e o interdito – Patentes – Ciências da comunicação social, Ano XII, n.º 33, Ago/Set de 2004, p. 107-130;

CLAS, Maria Guidi, *El perfil criminológico del juez prevaricador*, J. M. Bosch Editora, 2006;

COSTA, Eduarda Maria, “A crise da justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico”, in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 77, ano 20, Jan. – Mar. 1999, p. 155-172;

CRUZ, Chelei Machado da, “A verdade e o Direito”, in *Revista Jus Vigilantibus*, Quarta-feira, 22 de outubro de 2003, in <http://jusvi.com>;

DAMÁSIO, António, *O erro de Descartes. Emoção, razão e cérebro humano*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1995;

——— *O Livro da Consciência – A Construção do Cérebro Consciente*, Trad. Luís Oliveira Santos (João Quina Edições), Maio, Circulo de Leitores, 2010;

DELBOS, Victor, *La Philosophie Pratique de Kant*, Paris, PUF, 1969;

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, "A decisão judicial", in *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n.º 11, 2000, p. 24-42;

DUARTE, Rui Pinto, "Algumas notas acerca do papel da «convicção-crença» nas decisões judiciais", in *Revista Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, A.4, n.º 6, Coimbra, Almedina, 2003, p. 5-17;

ESTE, Jorge Manuel Alves de Almeida, "Os limites da interpretação jurídica e a responsabilidade do intérprete", in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 14, UTP, Porto, 2011;

FARALLI, Carla, *La Filosofía del Derecho contemporánea – Temas y desafíos*, Madrid, Hispania Libros, 2007;

FERNANDEZ, A. & **BISNETA**, A., "Bases naturais do comportamento social e ético-jurídico: natureza/cultura", *Boletim Jurídico*: "Altruísmo, moral e justiça", 1-20;

FERNANDEZ, Atahualpa, *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico*, Porto Alegre, Editor Fabris, 2002;

FERNANDEZ, Atahualpa e **FERNANDEZ**, Marly, "Direito, Moral e Modelos evolucionistas", in *Âmbito Jurídico*, Âmbito Jurídico Comércio e Serviços de Informação, Ltda, Rio Grande - Brasil, XIII, n.º 80, set 2010, in <http://www.ambito-juridico.com.br>;

FERNANDEZ, Atahualpa e **FERNANDEZ**, Manuella Maria, Racionalidade jurídica, emoção e atividade jurisdicional, in *Revista Âmbito Jurídico*, Âmbito Jurídico Comércio e Serviços de Informação, Ltda, Rio Grande, XIV, n.º 84, jan 2011, in <http://www.ambito-juridico.com.br>;

FERNANDEZ, Athus e **FERNANDEZ**, Atahualpa, "Interpretação jurídica: razão e emoção", in *Revista Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 3 de outubro de 2008, in <http://jusvi.com>;

FERRAJOLI, Luigi, "A questão do embrião entre o direito e moral", in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 94, ano 24, Abril/Junho, 2003, p. 9-30;

FERRAZ, Sampaio F. Tercio, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo (SP), Editora Atlas S.A., 2003;

FEREIRA, Flávia, "A independência do juiz: real ou formal?", in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 112, ano 28, Out. – Dez. 2007, p. 189-192;

FONSECA, António Castro, *Psicologia e Justiça*, Coimbra, Almedina, 2008;

GARZÓN, Adela, *Psicología y Jurados*, Colección: *Psicología Teórica*, Valencia, Promolibro Editora, 1990;

GASPAR, António Henrique, “O tempo judiciário e a qualidade da decisão – Eficiência do sistema e eficácia da decisão”, in Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 5, 2008, p. 21-27;

GUASP, Jaime, *Juiz y Hechos en el Proc. Civil – Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del processo*, Bosch, Casa Editorial;

GUERRA, Wills Santiago Filho, *A filosofia do Direito: aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*, São Paulo, Atlas, 2011;

HEIDEGGER, Martin, *Sobre a essência da verdade*, Porto, Porto Editora, 1995;

HESPANHA, Abtónio Manuel, *Que espaço deixa ao Direito uma Ética da Pós-modernidade?*, in Revista *Themis*, n.º 14, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Almedina, Lisboa, ano VIII, 2007, 30-53;

HOFFE, Otfried, *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Albeuve, Édition Castella, 1985;

HOGARTH, J., “Sentencing as a human process”, Canadá: University of Toronto Press in Association with the Centre of Criminology, 1971;

HOOD, Roger, *Sentencing the Motoring Offender – A Study of Magistrates views and practices*, Londres, Heinemann Editora;

HORTA, Denise Alves, “Obra de arte e sentença: a expressão do *sentire* do artista e do juiz”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região*, Belo Horizonte – MG-Brasil, Editora Sigma Ltda, v. 45, n.º 75, jan./ jun. 2007, p.163-172;

HUME, David, *Investigação sobre o entendimento humano*, tradução de Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 1985;

JASPER, Karl, *Introdução ao pensamento filosófico*, Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo (SP), Ed. Cultrix, 2006;

KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura, Introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão*, tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989;

KHALIL, Antoin Abou, *A Personalidade do Juiz e a Condução do Processo – Prefácio de Lúcia Reis de Almeida Prado*, Centro – São Paulo (SP) - Brasil, Edição do Autor, 2011;

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., Lisboa, 1991;

LEONARDO, Maria Laura S. Maia, “Memórias breves dum passado judicial recente”, *in* Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 8, 2009, p. 217-223;

LOPES, José Mouraz, “Formação de Juizes para o século XXI formar para decidir. Formar para garantir”, *in* Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 4, 2008, p. 133-158;

LÚCIO, Álvaro Laborinho, “Tribunais, Poder e Responsabilidade”, *in* Revista do Ministério Público, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 80, ano 20, Out. – Dez. 1999, p. 7-18;

MARTINS, Moisés de Lemos, *A verdade e a função da verdade nas ciências sociais*, Universidade do Minho – Instituto das Ciências Sociais, Braga, 1994;

MENESES, Ramiro Delio Borges de, “Sentido da autonomia em Kant: pelos fundamentos a priori”, Homenagem no bicentenário da morte do filósofo da “Aufklärung (1724-1804)”, *in* Cadernos de Bioética, Edição do Centro de Estudos de Bioética – Bioética entre o desejo e o interdito – Patentes – Ciências na Comunicação Social, Ano XII, n.º 35, Ago/Set de 2004;

MONTE MOR, Luís de, *Magistrados, Advogados e Tribunais: (memórias de um Juiz desembargador, aposentado)*, Porto, Liv. Fernando Machado, 1968;

MÜLLER, Gerhard Friedrich, *Discours de la method juridique*, trad. Francesa de Olivier Jouanjan, Presses Universitaires de France, Paris, 1996;

MURCHO, Desidério, *Pensar outra vez: filosofia, valor e verdade*, 1.ª Edição, Vila Nova de Famalicão, Quasi, 2006;

NASCIMENTO, Augusto, “Ética – algumas notas breves”, *in* Revista do CEJ, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 6, 1.º semestre, 2007, p. 173-192;

NEVES, A. Castanheira, *O Direito Hoje e com que sentido? - o problema da autonomia do direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2002;

——— *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

——— *Metodologia Jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993;

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, “A intervenção cívica dos magistrados – sentido e limites”, *in* Revista do CEJ, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º 6, 1.º semestre, 2007, p.233-254;

PIMENTA, José da Costa, *A lógica da Sentença*, Lisboa, Livraria Petrony - Editores, 2003;

PRADO, Lídia Reis de Almeida, *O Juiz e a Emoção – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*, Campinas/ São Paulo (SP), Millennium Editora, 2010, 5.ª Edição;

RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça*, Lisboa, Fundamentos, 1993;

RODRIGUES, Maria da Conceição Carapinha, “Linguagem, Discurso e Direito – Algumas questões de Linguística Jurídica”, in *Revista do Ministério Público*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), Lisboa, n.º 111, ano 28, Julho/Setembro, 2007, p. 5-36;

SACAU, Ana e **RODRIGUES**, Andreia, “Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 8, 2009, p. 155-160;

SEÑA, Jorge F. Malem, “Podem as «más pessoas» ser bons juizes?”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 2, 2007, p. 31-54;

SIMAS, Santos e **HENRIQUES**, Leal, *Organização judiciária: tribunal, magistrados, secretarias judiciais, mandatários forenses*, Lisboa, Rei dos Livros, 1998;

SOARES, Fernando Luso, *A Decisão Judicial e o Raciocínio Tópico-Abduativo do Juiz – Um Ensaio de Lógica para Juristas*, Lisboa, Edição Cosmos, 1993;

SOLUM, Lawrence B., “As virtudes e os defeitos de um Juiz: um guia aristotélico para o recrutamento de juizes”, in *Revista Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 7, 2009, p. 11-30;

SOUSA, Ana Paula Loureiro de, “Natureza Humana e Direito Natural no pensamento de António José Brandão e João Baptista Machado”, in **FERNANDES**, Maria João Matias / **ARNAUT**, Joana Liberal, *Revista Direito e Justiça, Verdade*, subordinada ao tema *Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica*, Edição Especial sobre Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão, Porto, Universidade Católica do Porto, 2008, p. 21-44;

SOUSA, Filipe Oliveira, “Breves considerações acerca da distinção semântica/pragmática: o que é e por que interessa aos juristas?”, in <http://www.boletimjuridico.com.br/>, edição n.º 195;

SOUSA, Miguel Teixeira, *A competência declarativa dos Tribunais Comuns*, Lisboa, Editor Lex, 1994;

TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, trad. Espanola de , Madrid, editorial Trotta, 2002;

TEIXEIRA, António Braz, *Sentido e Valor do Direito – Introdução à Filosofia Jurídica*, Maia, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Estudos Gerais Série Universitária, 1990;

VIEIRA, Fernando / **BRISSOS**, Sofia, “Direito e Psiquiatria – Um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a Psiquiatria”, *in* Revista *Julgar*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, n.º 3, 2007, p. 45-60;

WARBURTON, Nigel, “Elementos Básicos da Filosofia”, *in* Coleção *Filosofia Aberta*, Ciências Soc. e Humanas - Filosofia, Gradiva Publicações, 2007;